

GRENDOERSCHRIJDENDE JURIDISCHE
SPLITSING VAN KAPITAALVENNOOTSCHAPPEN

SERIE VANWEGE HET
VAN DER HEIJDEN INSTITUUT TE NIJMEGEN
ONDER REDACTIE VAN
PROF. MR. G. VAN SOLINGE
PROF. MR. M. VAN OLFFEN
PROF. MR. M.P. NIEUWE WEME
PROF. MR. C.D.J. BULTEN
DEEL 122

Omslagontwerp: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 12487 3
ISBN 978 90 13 12488 0 (E-book)
NUR 827-715

© 2014, E.R. Roelofs

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl.

GRENDOVERSCHRIJDENDE JURIDISCHE SPLITSING VAN KAPITAALVENNOOTSCHAPPEN

*Cross border division of companies with limited liability
(with a summary in english)*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Universiteit Utrecht op gezag van de rector magnificus,
prof. dr. G.J. van der Zwaan, ingevolge het besluit van het college
voor promoties in het openbaar te verdedigen op dinsdag
10 juni 2014 des ochtends te 10.30 uur

door

Erwin Ronald Roelofs
geboren op 21 april 1983
te Utrecht

Promotoren:

prof. mr. D.F.M.M. Zaman

prof. mr. M.L. Lennarts

VOORWOORD

Op 10 juni 2014 promoveerde mr. E.R. Roelofs aan de Universiteit Utrecht op zijn onderzoek getiteld ‘*Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*’. Als promotoren traden op prof. mr. D.F.M.M. Zaman en prof. mr. M.L. Lennarts.

De aanleiding voor dit onderzoek was de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU over de vrijheid van vestiging van vennootschappen binnen de lidstaten van de EU, meer in het bijzonder het *Sevic*-arrest (2005), het *Cartesio*-arrest (2008) en het *Vale*-arrest (2012). In deze arresten stonden prejudiciële vragen over de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie (*Sevic*-arrest) en de mogelijkheid tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing en grensoverschrijdende omzetting (*Cartesio*-arrest en *Vale*-arrest) centraal. In geen van deze arresten besteedde het Hof van Justitie van de EG/EU specifieke aandacht aan grensoverschrijdende juridische splitsing. Niettemin bestaat, bij gebrek aan wetgeving op zowel supranationaal als Nederlands niveau, vanuit de wetenschap en de praktijk grote behoefte aan antwoorden op onder meer de volgende vragen. Is grensoverschrijdende juridische splitsing mogelijk op basis van de vrijheid van vestiging zoals neergelegd in artikel 49 Verdrag betreffende werking van de Europese Unie? Welke regels moeten worden toegepast bij de effectuering van een grensoverschrijdende juridische splitsing?

De auteur maakt een grondige analyse van het fenomeen grensoverschrijdende splitsing. Hij vraagt zich af of deze rechtsfiguur nut heeft ten opzichte van andere vormen van grensoverschrijdende herstructurering. Belangrijke kwesties zijn of grensoverschrijdende juridische splitsing toelaatbaar is en, zo ja, welke (conflictregels) moeten worden toegepast bij de effectuering van een grensoverschrijdende juridische splitsing. Tevens besteedt de auteur aandacht aan de eisen waaraan toekomstige wetgeving betreffende grensoverschrijdende juridische splitsing moet voldoen.

Het proefschrift bestaat uit een inleiding en acht hoofdstukken. Na de inleiding wordt het nut van grensoverschrijdende juridische splitsing in relatie tot andere vormen van grensoverschrijdende herstructurering – grensoverschrijdende bedrijfsfusie, aandelenfusie, juridische fusie en omzetting – behandeld. Daarbij besteedt Roelofs ook aandacht aan reorganisatievormen naar het recht van andere staten. In hoofdstuk 2 bespreekt hij de Zesde richtlijn betreffende splitsing. Het derde hoofdstuk beschrijft uitgebreid de Nederlandse wetgeving omtrent juridische splitsing. In hoofdstuk 4 wordt de vraag beantwoord of grensoverschrijdende juridische

splitsing toelaatbaar is. In hoofdstuk 5 wordt het algemene conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende juridische splitsing beschreven, waarna in hoofdstuk 6 de voorwaarden voor vennootschappen om betrokken te kunnen zijn bij een grensoverschrijdende juridische splitsing volgen. In dit hoofdstuk onderzoekt de schrijver tevens welke vormen van grensoverschrijdende juridische splitsing mogelijk zijn. In hoofdstuk 7 staat hij stil bij de op een grensoverschrijdende juridische splitsing toe te passen regels. Niet alleen de procedure tot grensoverschrijdende juridische splitsing komt aan bod, maar ook de positie en de bescherming van de daarbij betrokken belanghebbenden, zoals (minderheids)aandeelhouders, crediteuren en werknemers. Tot slot volgen in hoofdstuk 8 conclusies en aanbevelingen.

Gezien de uitvoerige beschrijving van grensoverschrijdende juridische splitsing in relatie tot andere vormen van grensoverschrijdende herstructurering en de beschrijving van de procedure tot grensoverschrijdende juridische splitsing, is deze dissertatie niet alleen voor de wetenschap, maar ook voor de praktijk relevant. De vele aanbevelingen in het proefschrift vormen daarnaast een bruikbare handreiking aan de nationale en supranationale wetgever bij het ontwerpen van wetgeving omtrent grensoverschrijdende juridische splitsing. Met genoegen nemen wij de dissertatie van Roelofs op als deel 122 in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut.

G. van Solinge
M. van Olffen
M.P. Nieuwe Weme
C.D.J. Bulten

INHOUD

Voorwoord	V
Voorwoord	XXI
Lijst van afkortingen	XXIII
Inleiding	1
1 Het begrip ‘grensoverschrijdende splitsing’: een kennismaking	1
2 Het belang van grensoverschrijdende splitsing en verantwoording van de keuze voor het onderwerp	2
3 Doel van het onderzoek en probleemstelling	6
4 Afbakening	7
5 Rechtsvergelijking	9
6 Methode van het onderzoek en opzet	10
Hoofdstuk 1 Het nut van grensoverschrijdende splitsing en de relatie tot andere reorganisatievormen	13
1.1 Inleiding	13
1.2 Overdracht activa en passiva	15
1.2.1 IPR overeenkomstenrecht	16
1.2.2 IPR goederenrecht	18
1.3 Overdracht aandelen	19
1.3.1 IPR Overeenkomstenrecht	20
1.3.2 IPR goederenrecht	20
1.3.2.1 Voorvraag: aandeel op naam of aandeel aan toonder	21
1.3.2.2 Goederenrechtelijk regime aandelen op naam: lex societatis en rechtskeuze	22
1.3.2.3 Goederenrechtelijk regime aandelen aan toonder: lex cartae sitae	23
1.3.2.4 Goederenrechtelijk regime girale effecten: lex specialis	24
1.4 Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en grensoverschrijdende omzetting	25
1.4.1 Alternatief voor grensoverschrijdende juridische splitsing	25
1.4.2 De lex societatis	26

	1.4.2.1	Incorporatieve	27
	1.4.2.2	Siège réel-stelsel	29
1.4.3		Zetelverplaatsingen	31
1.4.4		Zetelverplaatsingen binnen de grenzen van het Koninkrijk der Nederlanden	32
1.4.5		Zetelverplaatsingen binnen de grenzen van de Europese Unie	33
	1.4.5.1	Zetelverplaatsingen en de vrijheid van vestiging	33
	1.4.5.2	SE-omzetting en zetelverplaatsing	37
1.4.6		Grensoverschrijdende omzetting	42
	1.4.6.1	Het Cartesio-arrest	43
	1.4.6.2	Het Vale-arrest	48
	1.4.6.3	Initiatieven tot wetgeving betreffende grensoverschrijdende omzetting	58
	1.4.6.3a	Initiatieven tot wetgeving betreffende grensoverschrijdende omzetting op Europees niveau	58
	1.4.6.3b	Procedure op grond van 225 VwEU	59
	1.4.6.3c	Aanwijzingen voor de Commissie	60
	1.4.6.3d	Initiatieven tot wetgeving betreffende grensoverschrijdende omzetting op nationaal niveau	66
1.5		Grensoverschrijdende juridische fusie	68
	1.5.1	Algemeen	68
	1.5.2	Verhouding grensoverschrijdende juridische fusie tot grensoverschrijdende juridische splitsing	69
	1.5.3	Grensoverschrijdende juridische fusies tot 2004	70
	1.5.4	Grensoverschrijdende juridische fusies na 2004/2005	71
	1.5.5	Initiatieven tot wetgeving omtrent grensoverschrijdende fusie	71
	1.5.6	Grensoverschrijdende juridische fusie op basis van de SE-Verordening	73
	1.5.7	Grensoverschrijdende juridische fusie op basis van de vrijheid van vestiging	76
	1.5.8	Richtlijn 2005/56/EG betreffende grensoverschrijdende juridische fusie	78
	1.5.9	Internationaal privaatrechtelijke beginselen bij grensoverschrijdende juridische fusies	80
	1.5.10	De Nederlandse implementatiewetgeving betreffende grensoverschrijdende juridische fusie	81
	1.5.11	Vormen van grensoverschrijdende juridische fusie	82
	1.5.11.1	Grensoverschrijdende juridische fusie door overneming	82
	1.5.11.2	Grensoverschrijdende juridische fusie door oprichting	82
	1.5.11.3	Grensoverschrijdende juridische fusie en bijbetaling in geld	83
	1.5.11.4	Grensoverschrijdende driehoeksfusie	84

	1.5.11.5	Gefaciliteerde fusies: moeder-dochterfusie en zusterfusie	86
	1.5.11.6	Grensoverschrijdende fusie met niet-EU/EER-vennootschappen	86
	1.5.11.7	'Grensoverschrijdende' fusie binnen het Koninkrijk der Nederlanden	88
1.6		Reorganisatiemethoden naar 'vreemd recht'	89
	1.6.1	Inleiding	89
	1.6.2	Reorganisaties naar Duits recht	90
		1.6.2.1 Ausgliederung	91
		1.6.2.2 Vermögensübertragung	92
		1.6.2.3 Betrokkenheid van natuurlijke personen bij Verschmelzung en Spaltung	93
	1.6.3	Reorganisaties naar Belgisch recht	93
	1.6.4	Dissolution sans liquidation naar Frans recht	94
	1.6.5	Erkenning van 'vreemde' overgangen	95
		1.6.5.1 Inleiding	95
		1.6.5.2 Erkenning van buitenlandse fusies	95
		1.6.5.3 Erkenning van 'vreemde overgangen'	96
1.7		Synthese	100
	1.7.1	Onderscheid grensoverschrijdende splitsing en andere vermogensovergangen en reorganisatiemethoden	100
	1.7.2	Juridisch onderscheid grensoverschrijdende splitsing en andere vermogensovergangen en reorganisatiemethoden	101
	1.7.3	Economisch onderscheid grensoverschrijdende splitsing en andere reorganisatiemethoden	103
		Hoofdstuk 2 De Zesde richtlijn betreffende splitsing	105
2.1		Inleiding	105
2.2		Harmonisatieregels	106
	2.2.1	De interne markt	106
	2.2.2	Europese richtlijnen	107
	2.2.3	Vormen van harmonisatie	108
2.3		Totstandkominggeschiedenis van de Zesde richtlijn	110
	2.3.1	Geschiedenis van de Derde richtlijn	111
	2.3.2	De Derde richtlijn en splitsing	113
	2.3.3	Geschiedenis van de Zesde richtlijn	115
	2.3.4	Wijzigingsrichtlijnen	116
		2.3.4.1 Richtlijn 2007/63/EG	116
		2.3.4.2 Richtlijn 2009/109/EG	117
2.4		Systematiek van de Zesde richtlijn	119
	2.4.1	Gelaagde structuur van de Zesde richtlijn	120

2.5	Kenmerken van splitsing in de zin van de Zesde richtlijn	120
2.5.1	Omwisseling van aandelen	120
2.5.2	Overgang van vermogen	121
2.6	De reikwijdte van de Zesde richtlijn	121
2.6.1	Splitsing door overneming	122
2.6.2	Splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen	123
2.6.3	Gecombineerde splitsing	123
2.6.4	Uitbreiding tot andere vormen van splitsing	124
2.7	Procedure tot splitsing	124
2.7.1	Voorovereenkomst tot splitsing	125
2.7.2	Voorstel tot splitsing	125
2.7.3	Verslag bestuurs- of leidinggevende organen	128
2.7.4	Rol deskundigen	129
2.7.5	Openbaarmaking en inzagerecht	130
2.7.6	Goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders	132
2.7.7	Rechten van aandeelhouders en bijzonder gerechtigden	133
2.7.8	Positie van schuldeisers	134
2.7.8.1	Bescherming van belangen van schuldeisers	134
2.7.8.2	Verhaalsmogelijkheden van schuldeisers	135
2.7.9	Rol van werknemers bij de splitsing	136
2.7.10	Preventief toezicht op de splitsing	137
2.7.11	Splitsing onder toezicht van de rechter	138
2.8	Van kracht worden van de splitsing	139
2.9	Openbaarmaking van de splitsing	139
2.10	Nietigheid van de splitsing	140
	Hoofdstuk 3 De Nederlandse splitsingswetgeving	143
3.1	Inleiding	143
3.2	De juridische splitsing: een aparte regeling	145
3.3	Basis van splitsing in de Zesde richtlijn	147
3.4	Twee basisvormen van splitsing: zuivere splitsing en afsplitsing	149
3.5	Reikwijdte van de Nederlandse splitsingswetgeving	150
3.6	Kenmerkende elementen van juridische splitsing – parallel met juridische fusie	151
3.6.1	Ophouden te bestaan	151
3.6.2	Vermogensovergang onder algemene titel	153
3.6.2.1	Systematiek vermogensovergang onder algemene titel in perspectief	153
3.6.2.2	De reikwijdte van het begrip ‘vermogen’	157
3.6.2.3	Hoofddregels bij vermogensovergang onder algemene titel	157

	3.6.2.4	Uitzonderingen op hoofdregels bij vermogensovergang onder algemene titel	159
	3.6.2.5	Speciale regelingen bij vermogensovergang onder algemene titel	162
	3.6.3	Overgang aandeelhouderschap / lidmaatschap	166
	3.6.4	Speciale regelingen met betrekking tot splitsing	170
	3.6.4.1	Overgang pandrecht en vruchtgebruik	170
	3.6.4.2	Bijzonder rechthebbenden	171
	3.6.4.3	Financiële verantwoording	173
	3.6.4.4	Overgang overeenkomsten	175
	3.6.4.5	Rechthebbenden vermogensbestanddelen	177
	3.6.4.6	Aansprakelijkheden	179
3.7		Vereisten voor juridische splitsing	181
	3.7.1	De ontbonden rechtspersoon als partij bij een juridische splitsing	181
	3.7.2	Niet in faillissement of surseance van betaling	182
	3.7.3	Dezelfde rechtsvorm	183
	3.7.4	Vermogensvereisten	185
	3.7.5	Structuurwijziging	187
3.8		Mogelijke splitsingsvormen	190
	3.8.1	Zuivere splitsing	190
	3.8.2	Afsplitsing	190
	3.8.3	Hybride splitsing	191
	3.8.4	Driehoekssplitsing	191
	3.8.5	Ruziesplitsing of aandeelhouderssplitsing	196
	3.8.5.1	De vereenvoudigde aandeelhouderssplitsing als variant op de ruziesplitsing	198
	3.8.6	Moeder-dochter splitsing	200
	3.8.7	Dochter-moedersplitsing	200
	3.8.8	Evenredige splitsing	204
	3.8.8.1	Zuivere splitsing en afsplitsing	204
	3.8.8.2	Alleen toepasbaar bij B.V.'s en N.V.'s	205
	3.8.8.3	Het begrip 'evenredigheid'	206
	3.8.8.4	Peilmoment	209
3.9		De procedure tot juridische splitsing	209
	3.9.1	Voorovereenkomst tot splitsing	210
	3.9.2	Voorstel tot splitsing	210
	3.9.2.1	Inhoud van het voorstel tot splitsing	210
	3.9.2.2	Inhoud van het voorstel tot splitsing bij splitsing waarbij NV's of BV's zijn betrokken	216
	3.9.3	Toelichting op het voorstel tot splitsing	220
	3.9.4	Accountantsverklaringen	222
	3.9.5	Terinzagelegging	226

3.9.6	Aankondiging terinzagelegging	229
3.9.7	Verzetrecht crediteuren	229
3.9.7.1	Algemeen	229
3.9.7.2	Vorderingen waarvoor het verzetrecht geldt	230
3.9.7.3	Wijze van aantekenen van verzet	232
3.9.7.4	De verzetprocedure	233
3.9.8	Uittreedrecht aandeelhouders	234
3.9.9	Besluitvorming	239
3.9.9.1	Bevoegd orgaan	239
3.9.9.2	Termijn besluitvorming	240
3.9.9.3	Vormvoorschriften besluitvorming	241
3.9.10	Inlichtingenplicht wijziging omstandigheden	243
3.9.11	Notariële akte van splitsing	244
3.9.12	Van kracht worden en inschrijving splitsing	246
3.9.13	Vernietiging van splitsing	247
3.9.13.1	Vernietiging op basis van artikel 2:334u BW	247
3.9.13.2	Vernietiging op basis van (faillissements)pauliana	250
3.9.13.3	Vernietiging en non-existentie	252
Hoofdstuk 4 Toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing		257
4.1	Inleiding	257
4.2	De vraag naar toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing als onderdeel van het internationaal privaatrecht	258
4.2.1	Het interne recht en de lex societatis	258
4.2.2	Grensoverschrijdende splitsingen altijd grensoverschrijdend?	260
4.3	De beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing	263
4.3.1	Inleiding	263
4.3.2	Vergelijking met toelaatbaarheid grensoverschrijdende fusie	263
4.3.2.1	Meningen vóór 2004	263
4.3.2.2	Situatie na 2004	268
4.3.2.2a	De SE-Verordening	268
4.3.2.2b	Het Sevic-arrest	269
4.3.2.2c	Het Vale-arrest	270
4.3.2.2d	Nederlandse rechtspraak over grensoverschrijdende fusie	271
4.3.2.2e	De Tiende richtlijn (Richtlijn 2005/56/EG)	272
4.3.2.2f	Verhouding tussen de vrijheid van vestiging en de Tiende richtlijn:	272
4.3.3	De vraag naar toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing	275
4.3.3.1	Overzicht van de meningen vóór 2005	276
4.3.3.2	Situatie na 2005	280

4.3.3.2a	Het ontbreken van een wettelijk raamwerk omtrent grensoverschrijdende	280
4.3.3.2b	De invloed van EG-recht/Unierecht	280
4.3.3.2c	De prejudiciële vraag in het Sevic-arrest	281
4.3.3.2d	Overweging ten aanzien van ‘overige omzettingen’	281
4.3.3.2e	De literatuur naar aanleiding van het Sevic-arrest	282
4.3.3.2f	De visie van de minister van Justitie op het Sevic-arrest	286
4.3.3.2g	Het Vale-arrest	288
4.4	Toelaatbaarheid grensoverschrijdende splitsing in andere lidstaten van de EU	289
4.4.1	Luxemburgse wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing	290
4.4.2	Deense wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing	291
4.4.3	Finse wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing	293
4.4.4	De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing beantwoord aan de hand van het Duitse recht	295
4.4.4.1	Algemeen	295
4.4.4.2	De periode voor het Sevic-arrest	296
4.4.4.3	Vorschläge Spezialkommission	297
4.4.4.4	De invloed van het Sevic-arrest in het Duitse recht	298
4.4.5	Toelaatbaarheid grensoverschrijdende splitsing in het 29 th Company Law Regime: de SE-Verordening en de SPE-Verordening en mogelijke initiatieven tot wetgeving	300
4.5	Eigen visie ten aanzien van de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing	307
4.5.1	Algemeen	307
4.5.2	Toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing binnen de lidstaten van de EU in het licht van het Europese recht	307
4.5.3	Een taalkundige uitleg van de term ‘overige omzettingen’ in het Sevic-arrest	308
4.5.4	De invloed van Nederlandse rechtspraak	309
4.5.5	Het ontbreken van wettelijke regelingen: geen negatieve invloed op toelaatbaarheid	310
4.5.6	De wijze van uitoefening van de vrijheid van vestiging bij een grensoverschrijdende splitsing	311
4.5.7	Beperkingen op de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing – bekendheid met splitsing vereist	313
4.5.8	Beperkingen op de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing – in overeenstemming met Unierecht	315
4.5.9	Beperkingen op de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing – dwingende redenen van algemeen belang	315

4.5.10	De vraag naar toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing waarbij niet-EU-vennootschappen zijn betrokken	316
4.5.10.1	Niet-EU-staten	316
4.5.10.2	Grensoverschrijdende splitsing en niet-EU-lidstaten: altijd grensoverschrijdend?	317
4.5.10.3	De vraag naar toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing waarbij niet-EU-vennootschappen zijn betrokken vanuit Nederlands perspectief	318
4.6	Conclusies en aanbevelingen	319
Hoofdstuk 5 Het conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende splitsing		
		327
5.1	Inleiding	327
5.2	De vraag naar het toepasselijk recht op een grensoverschrijdende splitsing als onderdeel van het internationaal privaatrecht	328
5.3	Wijzen van aanknopng bij rechtsstelsels	329
5.3.1	Enkele aanknopng	329
5.3.2	Cumulatieve aanknopng	329
5.3.3	Gedifferentieerd cumulatieve of distributieve aanknopng	329
5.4	Het conflictenrecht bij grensoverschrijdende fusie	330
5.4.1	Inleiding	330
5.4.2	Het conflictenrecht geformuleerd door Beitzke	331
5.4.2.1	Voorwaarden voor grensoverschrijdende fusie	333
5.4.2.2	Procedure tot grensoverschrijdende fusie	333
5.4.2.3	Gevolgen van grensoverschrijdende fusie	334
5.4.3	Het conflictenrecht in de Tiende richtlijn	335
5.4.4	Het conflictenrecht in de SE-Verordening	338
5.4.5	Het conflictenrecht in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU	339
5.4.6	Het conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende fusie in de Nederlandse doctrine	341
5.4.7	Het conflictenrecht bij grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn vallen	342
5.5	Het conflictenrecht bij grensoverschrijdende splitsing	343
5.5.1	Toepassing van verschillende aanknopngsmogelijkheden	343
5.5.1.1	Enkele aanknopng	344
5.5.1.2	Cumulatieve aanknopng	345
5.5.1.3	Gedifferentieerd cumulatieve of distributieve aanknopng	346
5.5.2	Analoge toepassing van regels uit de Tiende richtlijn op grensoverschrijdende splitsing	346

5.6	Rechtsvergelijking conflictenrecht bij grensoverschrijdende splitsing	349
5.6.1	Luxemburgse wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing	349
5.6.2	Deense wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing	350
5.6.3	Finse wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing	351
5.6.4	De Duitse doctrine ten aanzien van grensoverschrijdende splitsing	351
5.7	Synthese	355
Hoofdstuk 6 Voorwaarden betreffende grensoverschrijdende splitsing		361
6.1	Voorwaarden betreffende grensoverschrijdende splitsing ten aanzien van rechtsvormen	361
6.1.1	Rechtsvormen die onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging vallen	361
6.1.2	Rechtsvormgelijkheidsvereisten	363
6.1.3	Insolventieprocedures	366
6.1.4	Beklemd vermogens	368
6.1.5	Ontbonden rechtspersonen	372
6.1.6	Vermogensvereisten	372
6.2	Voorwaarden betreffende grensoverschrijdende splitsing ten aanzien van vormen van splitsing	373
6.2.1	Zuivere splitsing	374
6.2.2	Afsplitsing	374
6.2.3	Splitsing en bijbetaling	375
6.2.4	Hybride splitsing	376
6.2.5	Driehoekssplitsing	376
6.2.6	Ruziesplitsing	377
6.3	Rechtsvergelijking grensoverschrijdende splitsingsregelingen	379
6.3.1	Luxemburgse wetgeving	379
6.3.2	Deense wetgeving	380
6.3.3	Finse wetgeving	381
6.3.4	Duitse doctrine	381
6.4	Conclusies en aanbevelingen	382
Hoofdstuk 7 De procedure tot grensoverschrijdende splitsing		389
7.1	Inleiding	389
7.2	De voorbereidende fase tot grensoverschrijdende splitsing	390
7.2.1	De overeenkomst tot grensoverschrijdende splitsing	390
7.2.2	De interne voorbereiding tot grensoverschrijdende splitsing	392
7.2.2.1	Het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing	392
7.2.2.2	De toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing	400
7.2.2.3	De tussentijdse vermogensopstelling	401

	7.2.2.4	De benoeming en taak van accountants	402
	7.2.2.5	Publicatie en aankondiging	411
	7.2.2.6	Inlichtingenplicht	413
7.3		De besluitvorming van de vennootschappen betrokken bij grensoverschrijdende splitsing	415
7.4		De positie van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing	418
	7.4.1	Verschillende systemen van bescherming van crediteuren	418
	7.4.2	De bescherming van crediteuren bij grensoverschrijdende fusie	420
	7.4.3	De bescherming van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing	423
	7.4.4	De bescherming van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief	425
	7.4.4.1	De Finse benadering	425
	7.4.4.2	De Deense benadering	425
	7.4.4.3	De Duitse benadering	426
	7.4.5	Conclusies en aanbevelingen	427
7.5		De positie van (minderheids)aandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing	430
	7.5.1	Inleiding	430
	7.5.2	Behoeftte aan bescherming van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing	430
	7.5.3	Toepassing van het recht op schadeloosstelling bij grensoverschrijdende splitsing	433
	7.5.3.1	De vormgeving van een recht op schadeloosstelling bij grensoverschrijdende splitsing	433
	7.5.3.2	Aandeelhouders die recht hebben op schadeloosstelling	437
	7.5.3.3	De hoogte van de schadeloosstelling	439
	7.5.4	De positie van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief	440
	7.5.4.1	De Finse benadering	440
	7.5.4.2	De Deense benadering	441
	7.5.4.3	De Duitse benadering	442
	7.5.5	Eigen benadering en aanbevelingen	444
7.6		De positie van werknemers bij grensoverschrijdende splitsing	446
	7.6.1	Inleiding	446
	7.6.2	De positie van werknemers bij grensoverschrijdende fusie	447

7.6.3	Positie van werknemers bij grensoverschrijdende splitsing	450
7.6.3.1	De behoefte aan bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap	452
7.6.3.2	Waarborging van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing	454
7.6.4	Bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief	462
7.6.4.1	De Finse benadering	462
7.6.4.2	De Deense benadering	462
7.6.4.3	De Duitse benadering	463
7.6.5	Eigen visie en aanbevelingen voor wetgeving	464
7.7	De rol van de autoriteiten bij grensoverschrijdende splitsing	470
7.7.1	Inleiding	470
7.7.2	De rol van autoriteiten bij grensoverschrijdende fusie	471
7.7.3	De rol van autoriteiten bij een grensoverschrijdende splitsing	471
7.7.4	De rol van de autoriteiten bij grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief	476
7.7.4.1	De Finse benadering	476
7.7.4.2	De Deense benadering	477
7.7.4.3	De Duitse benadering	478
7.7.5	Conclusies en aanbevelingen	478
7.8	Het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing	480
7.8.1	Inleiding	480
7.8.2	Het van kracht worden van een grensoverschrijdende fusie	481
7.8.3	Het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing	481
7.8.4	Het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief	483
7.8.4.1	De Finse benadering	483
7.8.4.2	De Deense benadering	484
7.8.4.3	De Duitse benadering	485
7.8.5	Conclusies en aanbevelingen	485
7.9	De inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing	488
7.9.1	Inleiding	488
7.9.2	De inschrijving van een grensoverschrijdende fusie	488
7.9.3	De inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing	489
7.9.4	De inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief	489
7.9.4.1	De Finse benadering	489

	7.9.4.2	De Deense benadering	490
	7.9.4.3	De Duitse benadering	490
	7.9.5	Conclusies en aanbevelingen	490
7.10		De overgang onder algemene titel bij grensoverschrijdende splitsing	491
	7.10.1	De overgang onder algemene titel in rechtsvergelijkend perspectief	497
	7.10.1.1	De Finse benadering	497
	7.10.1.2	De Deense benadering	497
	7.10.1.3	De Duitse benadering	497
	7.10.1.4	Conclusies en aanbevelingen	498
7.11		De toekenning van aandelen en bijzondere rechten bij grensoverschrijdende splitsing	499
	7.11.1	Inleiding	499
	7.11.2	Conflictenrecht betreffende toekenning van aandelen bij grensoverschrijdende splitsing	500
	7.11.3	Conflictenrecht betreffende beperkte rechten op toegekende aandelen	501
	7.11.4	Conflictenrecht betreffende toekenning bijzondere rechten bij grensoverschrijdende splitsing	502
	7.11.5	De toekenning van aandelen bij grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief	503
	7.11.5.1	De Finse en de Deense benadering	503
	7.11.5.2	De Duitse benadering	503
	7.11.6	Conclusies en aanbevelingen	504
7.12		De aansprakelijkheid voor verbintenissen	504
	7.12.1	De aansprakelijkheid voor verbintenissen in de Zesde richtlijn en de nationale wetgeving.	504
	7.12.2	De aansprakelijkheid voor verbintenissen bij grensoverschrijdende splitsing	505
	7.12.3	De aansprakelijkheid voor verbintenissen in rechtsvergelijkend perspectief	506
	7.12.3.1	De Finse benadering	506
	7.12.3.2	De Deense benadering	506
	7.12.3.3	De Duitse benadering	506
	7.12.4	Conclusies en aanbevelingen	506
7.13		Vernietiging van grensoverschrijdende splitsing	508
	7.13.1	Vernietiging nationale splitsing en grensoverschrijdende fusie	508
	7.13.2	Vernietiging grensoverschrijdende splitsing	508
	7.13.3	Vernietiging van grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief	510
	7.13.4	Conclusies en aanbevelingen	510
7.14		Conclusies en aanbevelingen	511

Hoofdstuk 8 Samenvatting, conclusies en aanbevelingen	535
8.1 Inleiding	535
8.2 De meerwaarde van grensoverschrijdende splitsing ten opzichte van andere vormen van herstructurering	536
8.3 De toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing	542
8.4 Conflictenrechtelijke beginselen bij grensoverschrijdende splitsing	546
8.5 Mogelijke vormen van grensoverschrijdende splitsing	549
8.6 Het conflictenrecht betreffende en de procedure tot grensoverschrijdende splitsing	553
8.7 De behoefte aan wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing	569
8.8 Lijst van aanbevelingen	575
Summary and Recommendations	583
1 Introduction	583
2 Outline research	584
3 Advantages of cross-border division in relation to other corporate restructurings	584
4 The possibility of cross-border division	588
5 Forms of cross-border division and companies that can be involved in cross-border divisions	589
6 Conflict of laws with respect to cross-border division	590
7 The need for legislation on cross-border division	598
8 Recommendations	599
Geraadpleegde literatuur en jurisprudentie	605
Wetgeving	605
Verdragen	605
Verordeningen (EU)	605
Richtlijnen (EU)	606
Overige wetgeving	608
Rechtspraak	608
Rechtbanken	608
Gerechtshoven	608
Hoge Raad	608
Buitenlandse rechtspraak	609
Hof van Justitie van de EG/EU	609
Parlementaire documenten	610
Literatuur	611
Overige documenten	633
Curriculum vitae	637

VOORWOORD

*‘Concordia res parvae crescunt’
Bellum Iugurthinum, Gaius Sallustius Crispus (86-34 v.Chr)*

Concordia res parvae crescunt: een zin waaraan, ruim tweeduizend jaar nadat hij werd opgeschreven, bijzondere betekenis kan worden toegekend in de steeds verdergaande optimalisering van de interne markt van de Europese Unie.

Uit de voor u liggende dissertatie blijkt dat het proces tot optimalisering van de interne markt al veel heeft opgeleverd voor de mobiliteit van ondernemingen binnen de Europese Unie, maar dat ook nog veel acties op legislatief terrein te verrichten zijn door supranationale en nationale wetgevers om te komen tot een volmaakte interne markt. Een van de zaken die bijzondere aandacht behoeft van deze wetgevers, is het opstellen van wetgeving omtrent grensoverschrijdende juridische splitsing. Niettemin ben ik dankbaar voor het feit dat de interne markt van de Europese Unie nog imperfecties vertoont: het leverde mij een mooi onderwerp om een lang gekoesterde wens in vervulling te laten gaan: het verrichten van een promotieonderzoek.

In dit voorwoord maak ik graag van de gelegenheid gebruik een ieder die op enigerlei wijze betrokken is geweest bij de totstandkoming van dit proefschrift te bedanken.

Enkele personen dank ik in het bijzonder. Allereerst gaat veel dank uit naar mijn promotoren Niek Zaman en Loes Lennarts. Zij gaven mij met hun heldere en kritische kijk op het recht in het algemeen en op het ondernemingsrecht in het bijzonder telkens nieuwe energie en inspiratie.

Daarnaast gaat mijn dank uit naar de leden van de Beoordelingscommissie, prof. mr. dr. B. Bier, prof. mr. dr. H.E. Boschma, prof. mr. A.F.M. Dorresteyn, prof. mr. G. van Solinge en prof. mr. W.J.M. van Veen, voor hun bereidheid zitting te nemen in de Beoordelingscommissie en mijn manuscript te beoordelen.

Dank ben ik ook verschuldigd aan Gerco van Eck. Het denkwerk dat vooraf ging aan de artikelen en bijdragen die wij samen hebben geschreven, heeft – ook al hadden zij meestal als onderwerp grensoverschrijdende fusie of grensoverschrij-

dende omzetting – veel positieve stof tot nadenken opgeleverd die mede behulpzaam is geweest bij het schrijven van dit proefschrift.

Ten slotte dank ik mijn lieve ouders voor de ondersteuning die zij mij hebben geboden bij het verrichten van dit onderzoek en het schrijven van dit proefschrift. Zonder hun hulp was dit proefschrift niet tot stand gekomen. Lieve mama en papa, jullie zijn van onschatbare waarde voor mij en ik draag dit proefschrift aan jullie op.

Erwin Roelofs
Bilthoven, 1 april 2014

LIJST VAN AFKORTINGEN

§	paragraaf
AA	Ars Aequi
A-G	Advocaat-Generaal
aant.	aantekening(en)
AG	Aktiengesellschaft
Die AG	Die Aktiengesellschaft – Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
ARO	Actuele Rechtspraak Ondernemingspraktijk
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BB	Betriebsberater, Zeitschrift für Recht und Wissenschaft
BES	Bonaire, Sint Eustatius en Saba
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
blz.	bladzijde(n)
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BOG	bijzondere onderhandelingsgroep
BV	besloten vennootschap
BVBA	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
Derde richtlijn	Derde Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen, Pb. L 295 van 20.10.1978, p. 36 – 43.
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
e.v.	en volgende
EBLR	European Business Law Review
ECL	European Company Law
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EER	Europese Economische Ruimte
Eerste richtlijn	Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als

	van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Pb. L 65 van 14.3.1968, p. 8 – 12.
EEX-Vo	Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Pb. L 012 van 16.01.2001 p. 1 – 23.
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EU	Europese Unie
ff.	und folgende
Fw	Faillissementswet
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbHRundschau
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
i.e.	id est
ipr	internationaal privaatrecht
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
JutD	Juridisch up to Date
Kamerstukken I	Kamerstukken (Eerste Kamer der Staten-Generaal)
Kamerstukken II	Kamerstukken (Tweede Kamer der Staten-Generaal)
KG	Kort Geding
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
m.nt.	met noot
MoMig	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBI. 2008, Teil I, Nr. 48, S. 2026.
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NIPR	Tijdschrift Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	nummer(s)
NV	naamloze vennootschap
N.V.	Maandblad Naamloze Vennootschap
NVIR	Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht
O&F	Onderneming & Financiering
OK	Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam
OR	ondernemingsraad
p.	pagina
par.	paragraaf
Pb.	Publicatieblad

Lijst van afkortingen

PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
Pres.	President
Rb.	Rechtbank
r.o.	rechtsoverweging
red.	redactie
Rn.	Randnummer
RN	Rechtspraak Notariaat
RO	Rechtspraak Ondernemingsrecht
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
s.	section(s)
S.	Seite(n)
SCE	Societas Cooperativa Europaea (Europese Coöperatieve Vennootschap)
SCE-Vo	Verordening van de Raad (EG) nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE), Pb. L 207 van 18.08.2003 p. 1 – 24.
SE	Societas Europaea (Europese Vennootschap)
SEAG	SE-Ausführungsgesetz
SEBG	SE-Beteiligungsgesetz
SE-Vo	Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) Pb. L 294 van 10.11.2001, p. 1 – 21.
SER	Sociaal-Economische Raad
SEW	SEW, Tijdschrift voor Europees en economisch recht
SNB	special negotiating body
SPE	Societas Privata Europaea (Europese Besloten Vennootschap)
SPE-Vo	Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese Besloten Vennootschap, Brussel, 25 juni 2008, COM 2008, 396.
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
T&C	Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
Tiende richtlijn	Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Voor de EER relevante tekst), Pb. L 310 van 25.11.2005, p. 1 – 9.
Trb.	Tractatenblad
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvOB	Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur
TVVS	TVVS. Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen

Tweede richtlijn	Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Pb. L 026 van 31.01.1977 p. 1 – 13.
UmwG	Umwandlungsgesetz (Duitsland)
UvA	Universiteit van Amsterdam
V&O	Vennootschap & Onderneming
VEG	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
vgl.	Vergelijk
vs.	Versus
VU	Vrije Universiteit (Amsterdam)
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vz.	Voorzieningenrechter
WCC	Wet Conflictenrecht Corporaties
WCG	Wet Conflictenrecht Goederenrecht
Wet AB	Wet houdende ‘algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk’
WFBV	Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WP	Working Paper
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRW	Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen
Zesde richtlijn	Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen, Pb. L 378 van 31.12.1982, p. 47 – 54.
ZIP	ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

INLEIDING

1 Het begrip ‘grensoverschrijdende splitsing’: een kennismaking

Splitsing is, net als fusie en omzetting (rechtsvormwijziging) één van de hoofdvormen van herstructureren van ondernemingen. Splitsing is, net als fusie, niet alleen een juridisch, maar ook een economisch begrip en is zowel in juridisch opzicht als in economisch opzicht nauw verwant aan fusie: splitsing (deconcentratie) is het spiegelbeeld van fusie (concentratie) van ondernemingsvermogen.

In het algemeen zijn drie verschillende methoden van splitsing te onderscheiden. In de eerste plaats *splitsing door middel van overdracht van activa en passiva* van de splitsende entiteit aan de verkrijgende entiteit(en). In de tweede plaats *splitsing door middel van overdracht van aandelen* in een (dochter)vennootschap van de splitsende entiteit aan de verkrijgende entiteit(en). In de derde plaats *juridische splitsing*: de als zodanig in wetgeving geregelde vorm van splitsing, waarbij ten gevolge van de splitsing activa en passiva *onder algemene titel overgaan* van de splitsende entiteit op de – al dan niet in het kader van de splitsing nieuw op te richten – verkrijgende entiteit(en), waarbij door de verkrijgende entiteit(en) van rechtswege aandelen of lidmaatschapsrechten worden toegekend aan de aandeelhouders of leden van de splitsende entiteit en ten gevolge waarvan de splitsende entiteit van rechtswege ophoudt te bestaan (bij zuivere splitsing), dan wel blijft voortbestaan (bij afsplitsing).

De overdracht van activa en passiva en de overdracht van aandelen als methode van splitsing worden beheerst door het verbintenissen- en goederenrecht. Dat is anders bij juridische splitsing. Juridische splitsing wordt, althans in de lidstaten van de Europese Unie (EU) en de Europese Economische Ruimte (EER), beheerst door een eigen regeling, die gebaseerd is op de Zesde EG-richtlijn¹ uit 1982. De Zesde richtlijn werd geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving met het van kracht worden van Afdeling 2.7.4. en 2.7.5. BW op 1 februari 1998.²

Grensoverschrijdende splitsing is de grensoverschrijdende tegenhanger van nationale splitsing. Bij een nationale splitsing worden alle bij de splitsing betrokken entiteiten, zowel de splitsende als de verkrijgende, beheerst door het recht van

1 Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen PB L 378 van 31.12.1982, p. 47 – 54.

2 Wet van 24 december 1997 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de regeling van de splitsing van rechtspersonen, Stb. 1997, 776.

dezelfde staat. Bij een grensoverschrijdende splitsing worden ten minste twee van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken entiteiten beheerst door het recht van verschillende staten. In dat feit is het *grensoverschrijdende* element gelegen. Bij een grensoverschrijdende juridische splitsing worden twee of meer entiteiten die daarbij betrokken zijn, de eventueel in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw op te richten entiteit daaronder begrepen, door het recht van verschillende staten beheerst. Bij een grensoverschrijdende juridische splitsing vindt, net als bij een nationale juridische splitsing, een overgang van activa en passiva onder algemene titel plaats van de splitsende entiteit op de – al dan niet in het kader van de splitsing nieuw op te richten – verkrijgende entiteit(en), waarbij door de verkrijgende entiteit(en) aandelen of lidmaatschapsrechten worden toegekend aan de aandeelhouders of leden van de splitsende entiteit en ten gevolge waarvan de splitsende entiteit van rechtswege ophoudt te bestaan (bij zuivere splitsing), dan wel blijft voortbestaan (bij afsplitsing).

2 Het belang van grensoverschrijdende splitsing en verantwoording van de keuze voor het onderwerp

Het rechtsverkeer is de laatste decennia gemonialiseerd. Economische markten zijn niet langer beperkt tot het territorium van afzonderlijke staten. In dat kader zijn ondernemingen niet langer binnen het territorium van één staat actief.

Wetgevers, zowel de nationale als de supranationale, hebben zich geconfronteerd gezien met de mondialisering van economieën. Vanuit het bestaan van de wens tot het uitoefenen van grensoverschrijdende activiteiten bij ondernemingen, groeide de behoefte aan de mogelijkheid tot grensoverschrijdende samenwerkingen, grensoverschrijdende herstructureringen en grensoverschrijdende ontvlechtingen, al dan niet binnen één concern.

Overdracht van activa en passiva of aandelen onder bijzondere titel ‘over de grens’ hebben altijd al tot de mogelijkheden gehoord en konden, weliswaar veelal met een samenstel van rechtshandelingen, met toepassing van het internationaal privaatrecht (ipr) betreffende het overeenkomstenrecht en het goederenrecht met grote rechtszekerheid worden uitgevoerd. Dat was anders ten aanzien van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische fusie: de enkele rechtshandeling van juridische fusie ten gevolge waarvan activa en passiva van onderscheiden verdwijnende entiteiten, die worden beheerst door het recht van verschillende staten, onder algemene titel overgaan op één verkrijgende entiteit en ten gevolge waarvan de verkrijgende entiteit aandelen of lidmaatschapsrechten toekent aan de aandeelhouders of leden van de verdwijnende entiteit(en) en ten gevolge waarvan de verdwijnende entiteit(en) van rechtswege ophouden te bestaan.

Lange tijd was onduidelijk of grensoverschrijdende juridische fusie mogelijk was. De reden hiervoor was dat de wetgevingen van niet alle staten voorzagen in

wetgeving omtrent grensoverschrijdende juridische fusie. Slechts enkele staten, zoals Luxemburg, stonden grensoverschrijdende fusie toe op voorwaarde van *reciprociteit*. Dat hield in dat ook vanuit het oogpunt van het recht dat op de andere bij de grensoverschrijdende fusie betrokken entiteit(en) van toepassing was, grensoverschrijdende fusie toelaatbaar moest zijn om een grensoverschrijdende fusie met een Luxemburgse entiteit te effectueren.

De afwezigheid van wetgeving omtrent grensoverschrijdende juridische fusie leidde tot verdeeldheid in de doctrine en de praktijk ten aanzien van de vraag naar de *toelaatbaarheid* van grensoverschrijdende juridische fusie. Enerzijds werd beargumenteerd dat grensoverschrijdende juridische fusie *toelaatbaar* was, omdat, bij gebrek aan enige wettelijke regeling, geen verbod op grensoverschrijdende juridische fusie bestond. Anderzijds werd beargumenteerd dat grensoverschrijdende juridische fusie *ontoelaatbaar* was, omdat geen wettelijke regeling bestond op basis waarvan grensoverschrijdende juridische fusie expliciet werd gefaciliteerd.

De onduidelijkheid die bestond ten aanzien van de *civielrechtelijke* toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie, bestond niet ten aanzien van de *fiscaalrechtelijke* toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie. Reeds in 1990 kwam de Fiscale fusierichtlijn (Richtlijn 1990/434/EEG³) tot stand, waarin de fiscale gevolgen van grensoverschrijdende juridische fusies zijn geregeld.

In het eerste decennium van deze eeuw is zekerheid ten aanzien van de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende juridische fusie ontstaan. Op 8 oktober 2004 trad de SE-Verordening⁴ in werking, op basis waarvan grensoverschrijdende juridische fusie van naamloze vennootschappen die worden beheerst door het recht van verschillende lidstaten van de EU/EER mogelijk werd, mits daarbij een Europese Vennootschap (Societas Europaea, afgekort: SE) wordt gevormd. Op 15 december 2005 trad de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende juridische fusie⁵ in werking. De Tiende richtlijn voorziet in een regeling omtrent grensoverschrijdende juridische fusie van kapitaalvennootschappen die worden beheerst door het recht van verschillende lidstaten van de EU/EER. Tezamen met het in 2005 gewezen ‘Sevic’-arrest van het Hof van Justitie van de EG⁶ over grensoverschrijdende fusie en een bevestiging van het Sevic-arrest in het Vale-arrest van het Hof van Justitie van de EU uit 2012, zijn de mogelijkheden tot grensoverschrijdende fusie binnen de interne markt van de EU/EER enorm verruimd. Uit een onderzoek naar de toepassing van de Tiende richtlijn, uitgevoerd in opdracht van het

3 Richtlijn 1990/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, PB L 225, 20.8.1990, p. 1.

4 Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), Pb L 294 van 10.11.2001, p. 1 – 21.

5 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, Pb L 310 van 25.11.2005, p. 1 – 9.

6 HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03, SEVIC Systems, Jurisprudentie 2005, p. I-10805.

Directoraat-generaal interne markt en diensten van de Europese Unie, blijkt dat, ondanks economische crisis, het aantal grensoverschrijdende fusies tussen 2008 en 2012 gestegen is met 173 %, van 132 grensoverschrijdende fusies in 2008 tot 361 grensoverschrijdende fusies in 2012.⁷

Naast grensoverschrijdende fusie, bestaat ook de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting. Grensoverschrijdende omzetting omvat de verplaatsing van de statutaire zetel en/of werkelijke zetel van een entiteit naar een andere staat en wijziging van het toepasselijk recht op die entiteit. Ten aanzien van grensoverschrijdende omzetting bestaat (nog) geen wettelijke regeling, noch op unieniveau (de mogelijkheid tot zetelverplaatsing van een SE uitgezonderd), noch op nationaal niveau, al zijn wel initiatieven tot wetgeving gaande, zowel op unieniveau als op nationaal niveau.⁸

Binnen het kader van grensoverschrijdende herstructureringen, komt de vraag op of, naast grensoverschrijdende juridische fusie en grensoverschrijdende omzetting, ook *grensoverschrijdende juridische splitsing* mogelijk is. In dit kader dient opgemerkt te worden dat de Fiscale fusierichtlijn ook al op grensoverschrijdende juridische splitsing ziet.

Grensoverschrijdende juridische splitsing heeft ten opzichte van grensoverschrijdende juridische fusie en grensoverschrijdende omzetting unieke karaktertrekken: in tegenstelling tot grensoverschrijdende juridische fusie, waarbij *concentratie* van ondernemingsvermogen plaatsvindt, heeft grensoverschrijdende juridische splitsing vanuit de splitsende entiteit gezien een *deconcentratie* van ondernemingsvermogen tot gevolg. Bij grensoverschrijdende juridische fusie kan slechts *één* entiteit vermogen verkrijgen, bij grensoverschrijdende juridische splitsing kunnen *meerdere* verkrijgende entiteiten optreden. Bij een grensoverschrijdende juridische fusie houdt de entiteit waarvan vermogen overgaat op de verkrijgende entiteit van rechtswege op te bestaan, bij grensoverschrijdende juridische splitsing hoeft dat, in geval van een grensoverschrijdende juridische *afsplitsing*, niet het geval te zijn. Ten opzichte van grensoverschrijdende omzetting verschilt grensoverschrijdende juridische splitsing in het feit dat een grensoverschrijdende juridische splitsing daadwerkelijk een *vermogensovergang* tot gevolg heeft, hetgeen bij een grensoverschrijdende omzetting niet het geval is. Bij een grensoverschrijdende omzetting behoudt de omzettende entiteit immers haar rechtspersoonlijkheid.

7 Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Services', Bech-Bruun Lexidale, September 2013, Executive summary, p. 5.

8 Verslag met aanbevelingen aan de Commissie betreffende een 14^e richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels, 9.1.2012 (2011/2046(INI)) en European Parliament resolution of 2 February 2012 with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI)) en Brief van de Commissie Vennootschapsrecht aan de Minister van Veiligheid en Justitie, 12 februari 2012, gepubliceerd op 7 september 2012 op www.rijksoverheid.nl.

Naast de in de vorige alinea beschreven juridische kenmerken van grensoverschrijdende juridische splitsing ten opzichte van grensoverschrijdende juridische fusie en grensoverschrijdende omzetting, heeft grensoverschrijdende juridische splitsing bepaalde voordelen op bedrijfs- en macro-economisch vlak ten opzichte van grensoverschrijdende juridische fusie en grensoverschrijdende omzetting. Door middel van grensoverschrijdende juridische splitsing als herstructureringsmethode kunnen ondernemingen eenvoudiger gebruik maken van gunstige marktomstandigheden in andere staten. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan lagere productiekosten in andere staten, gunstiger financieringsmogelijkheden in (andere) geld- en kapitaalmarkten en een gunstiger fiscaal klimaat in andere staten. Door middel van een grensoverschrijdende juridische splitsing als methode tot ontvlechting kan bijvoorbeeld vermogen worden afgesplitst naar een – al dan niet in het kader van de grensoverschrijdende juridische splitsing nieuw op te richten – (dochter)vennootschap in een andere staat of kan een bepaalde tak van een onderneming grensoverschrijdend worden afgesplitst teneinde die tak in een zo gunstig mogelijke markt te verkopen.

Het resultaat van een grensoverschrijdende juridische splitsing kan ook op andere wijzen bereikt worden. In het voorgaande heb ik de overdracht van activa en passiva of aandelen onder bijzondere titel genoemd. Deze overdracht kan samengaan met de oprichting van een nieuwe entiteit in een andere staat. De oprichting van een nieuwe entiteit en de overdracht onder bijzondere titel kan een tijdrovend proces zijn en een zeer aantrekkelijk element van grensoverschrijdende juridische splitsing, namelijk: de overgang van vermogen onder algemene titel, ontbreekt. Het resultaat van een grensoverschrijdende juridische splitsing kan ook bereikt worden met behulp van de reeds bestaande regelingen omtrent grensoverschrijdende juridische fusie. Een entiteit kan bijvoorbeeld eerst gesplitst worden, daarbij de regels omtrent nationale juridische splitsing volgend. Vervolgens kan een grensoverschrijdende fusie worden uitgevoerd met de of één van de bij de splitsing verkrijgende entiteit(en), waarbij gebruik gemaakt kan worden van de op de Tiende richtlijn gebaseerde regels of de SE-Verordening. Het eindresultaat is gelijk aan dat van een grensoverschrijdende juridische splitsing. Hoewel deze alternatieven voor een grensoverschrijdende juridische splitsing zeer goed bruikbaar zijn en voldoende rechtszekerheid bieden, wordt het resultaat telkens bereikt in meer stappen. Een grensoverschrijdende juridische splitsing omvat slechts één stap. Vanuit het perspectief van kosten efficiëntie en de hoogte van administratieve lasten, heeft een grensoverschrijdende juridische splitsing dan ook vele voordelen ten opzichte van de hiervoor genoemde alternatieven.

Ook op macro-economisch niveau kan de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische splitsing nut hebben. Eén van de grondbeginselen en doelen van de Europese Unie is de totstandbrenging van een interne markt: een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd (artikel 26 VwEU). Grensoverschrijdende juridische splitsing als

herstructureringsmethode kan bijdragen aan de vervolmaking en het goed functioneren van de interne markt. De mobiliteit van ondernemingen en ondernemingsvermogen kan met behulp van grensoverschrijdende juridische splitsing verhoogd worden en worden vereenvoudigd. Bovendien past grensoverschrijdende juridische splitsing binnen het palet aan mogelijke grensoverschrijdende herstructureringen, naast grensoverschrijdende juridische fusie en grensoverschrijdende omzetting.

3 Doel van het onderzoek en probleemstelling

Gezien het in de vorige paragraaf beschreven belang van grensoverschrijdende splitsing als herstructureringsmethode, is het primaire doel van dit onderzoek inzicht te verwerven in de civielrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende juridische splitsing. De belangrijkste onderzoeksvraag die daarbij centraal staat, is de volgende:

Heeft grensoverschrijdende juridische splitsing vanuit juridisch oogpunt en oogpunt van kosten efficiëntie meerwaarde ten opzichte van reeds bestaande mogelijkheden van herstructurering, is grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar en zo ja, welke regels moeten worden toegepast om een grensoverschrijdende splitsing te implementeren?

Deze centrale onderzoeksvraag kan worden onderverdeeld in vijf deelvragen. De eerste deelvraag luidt:

1. Bestaat, in verhouding tot andere vormen van herstructurering, vanuit juridisch oogpunt en oogpunt van kosten efficiëntie behoefte aan de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische splitsing?

Grensoverschrijdende juridische splitsing is een rechtshandeling met een internationaal karakter. Bij grensoverschrijdende juridische splitsing rijzen vragen van internationaal privaatrecht (ipr). De tweede deelvraag is een vraag van ipr betreffende de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende juridische splitsing en luidt als volgt:

2. Is grensoverschrijdende juridische splitsing toelaatbaar?

Als is vastgesteld dat grensoverschrijdende juridische splitsing toelaatbaar is, komt de tweede vraag van ipr aan de orde. Deze vraag behelst de kwestie van het toepasselijke recht op grensoverschrijdende juridische splitsing. De vraag naar het toepasselijke recht op een rechtshandeling wordt bepaald aan de hand van het conflictenrecht. De derde deelvraag luidt:

3. *Welke conflictenrechtelijke beginselen kunnen worden gehanteerd bij grensoverschrijdende juridische splitsing?*

Nadat de vraag naar de *toelaatbaarheid* van grensoverschrijdende juridische splitsing positief is beantwoord en duidelijk is welke *conflictenrechtelijke beginselen* bij grensoverschrijdende juridische splitsing kunnen worden gehanteerd, komt aan de orde de vraag welke *vormen* van grensoverschrijdende juridische splitsing (zoals zuivere splitsing en afsplitsing) mogelijk zijn en *welke rechtsvormen* (entiteiten) betrokken kunnen zijn bij grensoverschrijdende juridische splitsing. De volgende, vierde deelvraag luidt:

4. *Welke vormen van grensoverschrijdende juridische splitsing zijn mogelijk, zowel wat betreft vormen van grensoverschrijdende juridische splitsing als wat betreft entiteiten die partij kunnen zijn bij grensoverschrijdende juridische splitsing, eventueel in het kader van de grensoverschrijdende juridische splitsing nieuw op te richten entiteiten daaronder begrepen?*

Vervolgens komt de vraag aan de orde hoe het conflictenrecht bij grensoverschrijdende juridische splitsing er concreet uitziet en welke regels toegepast moeten worden bij de implementatie van een grensoverschrijdende juridische splitsing. De vijfde deelvraag luidt als volgt:

5. *Hoe ziet het conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende juridische splitsing er uit en welke regels zullen moeten worden toegepast bij de implementatie van een grensoverschrijdende juridische splitsing?*

Tot op heden bestaat geen wetgeving op unieniveau en Nederlands niveau omtrent grensoverschrijdende juridische splitsing. De beantwoording van de voorgaande deelvragen in ogenschouw genomen, betreft de zesde en laatste deelvraag of wetgeving omtrent grensoverschrijdende juridische splitsing wenselijk is en zo ja, waaraan die wetgeving zou moeten voldoen. De zesde deelvraag luidt als volgt:

6. *Bestaat behoefte aan wetgeving omtrent grensoverschrijdende juridische splitsing en waaraan zou die wetgeving moeten voldoen?*

4 Afbakening

In dit onderzoek staat alleen de grensoverschrijdende juridische splitsing centraal en niet de grensoverschrijdende bedrijfssplitsing (waarbij activa en passiva onder bijzondere titel worden overgedragen) en de grensoverschrijdende aandelensplitsing (waarbij aandelen onder bijzondere titel worden overgedragen). Alleen ter beantwoording van de eerste deelvraag (*Bestaat, in verhouding tot andere vormen van*

herstructurering, vanuit juridisch oogpunt en oogpunt van kosten efficiëntie behoefte aan de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische splitsing?') zal ik aandacht besteden aan andere vormen van splitsing, zoals de overdracht van activa en passiva en aandelen. Daar waar in het vervolg staat geschreven 'grensoverschrijdende splitsing' zal telkens worden bedoeld: grensoverschrijdende juridische splitsing, tenzij anders is aangegeven.

Voorts is dit onderzoek hoofdzakelijk beperkt tot de grensoverschrijdende splitsing van kapitaalvennootschappen. Grensoverschrijdende splitsing van andere entiteiten dan kapitaalvennootschappen, zoals stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, komt slechts zijdelings aan bod. Het onderzoek is alleen beperkt tot de grensoverschrijdende splitsing binnen de lidstaten van de EU/EER.⁹

Fiscaalrechtelijk heeft een grensoverschrijdende splitsing de nodige consequenties en grensoverschrijdende splitsing kan, net als grensoverschrijdende fusie, de nodige vragen van fiscale aard oproepen. Ten aanzien van de fiscaalrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende splitsing merk ik op dat de Fiscale fusierichtlijn (Richtlijn 1990/434/EEG¹⁰) eveneens ziet op grensoverschrijdende splitsing (artikel 1 en artikel 2 Fiscale fusierichtlijn).¹¹

De Fiscale fusierichtlijn ziet zowel op fiscale gevolgen op het niveau van de vennootschap als op het niveau van de aandeelhouder van de vennootschap. Uitgangspunt bij een grensoverschrijdende splitsing is dat deze niet mag leiden tot enigerlei belastingheffing over de vermogenswinst die bepaald wordt door het verschil tussen de werkelijke waarde van de in het kader van een grensoverschrijdende splitsing overgegangene activa en passiva en de fiscale boekwaarde van die activa en passiva, mits de verkrijgende vennootschap verdere afschrijvingen, meerwaarden en waardeverminderingen betreffende deze activa en passiva berekent met toepassing van dezelfde regels als de verdwijnende (i.e. splitsende) vennootschap dat deed (artikel 4 Fiscale fusierichtlijn). De vrijstelling geldt alleen indien de activa en passiva die zijn overgegaan deel blijven uitmaken van een vaste inrichting die achterblijft in de lidstaat van de splitsende vennootschap (artikel 5 Fiscale fusierichtlijn). Op die wijze blijft het beginsel dat de belasting wordt geheven over de totale winst van een belastingplichtige (i.e. de winst die gedurende het bestaan van een vennootschap of haar rechtsopvolgers wordt behaald) gehandhaafd. In de Nederlandse fiscale wetgeving zijn de voornoemde bepalingen uit de Fiscale

9 Telkens wanneer ik in dit proefschrift verwijs naar 'Europese Unie' of 'EU', begrijp ik daaronder mede 'Europese Economische Ruimte', respectievelijk 'EER'. Binnen de EER gelden de bepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en het afgeleide recht met betrekking tot het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal.

10 Richtlijn 1990/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, PB L 225, 20.8.1990, p. 1.

11 Zie uitgebreid over de fiscale aspecten van grensoverschrijdende fusie: Van den Broek 2011.

fusierichtlijn onder meer geïmplementeerd in artikel 14a en artikel 14b Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

De Fiscale fusierichtlijn bepaalt eveneens dat een grensoverschrijdende splitsing niet mag leiden tot enigerlei belastingheffing over het inkomen, de winst of vermogenswinst van de aandeelhouder, onder voorwaarde dat de aandeelhouder aan de toegekende aandelen in de verkrijgende vennootschap geen hogere fiscale waarde toekent dan de waarde die de aandelen in de verdwijnende (i.e. splitsende vennootschap) vennootschap hadden (artikel 8 Fiscale fusierichtlijn). In de Nederlandse fiscale wetgeving is deze bepaling bijvoorbeeld mede geïmplementeerd in artikel 13k Wet op de vennootschapsbelasting 1969 jo. artikel 3.57 Wet inkomstenbelasting 2001.

Hoewel een onderzoek naar de fiscaalrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende splitsing nuttig en wenselijk zou zijn, vallen de fiscaalrechtelijke aspecten verder buiten dit onderzoek. Mededingingsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende splitsingen vallen eveneens buiten het onderzoek.

De wetgevingen omtrent nationale splitsing vormen een belangrijk onderdeel bij de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing, de vraag naar het conflictenrecht bij en de vraag naar de toe te passen regels op grensoverschrijdende splitsing. Op de wetgevingen omtrent nationale splitsing is de nodige kritiek te uiten en daarbij kunnen de nodige aanbevelingen worden opgesteld. Een beschrijving van de wetgeving omtrent nationale splitsing – de Zesde richtlijn en de Nederlandse wetgeving betreffende nationale splitsing – maakt deel uit van dit onderzoek, maar ik zal slechts sporadisch aandacht besteden aan mogelijkheden tot verbetering van de wetgevingen omtrent nationale splitsing. Daarvoor wordt verwezen naar de dissertaties van Ten Voorde,¹² Verbrugh¹³ en Koster.¹⁴

5 Rechtsvergelijking

Al dan niet in het kader van de implementatie van de Tiende richtlijn in nationale wetgeving, kennen verschillende lidstaten van de EU/EER inmiddels een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing. Voorbeelden daarvan zijn Denemarken, Finland, IJsland, Luxemburg, Spanje en Tsjechië. Daarnaast kennen sommige lidstaten een praktijk waaruit blijkt dat grensoverschrijdende splitsingen zijn toegestaan. Voorbeelden daarvan zijn: België, Frankrijk, Noorwegen en Roemenië.¹⁵

¹² Ten Voorde 2006.

¹³ Verbrugh 2007.

¹⁴ Koster 2009.

¹⁵ Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Services', Bech-Bruun Lexidale, September 2013, Executive summary, p. 14 en Main Findings, p. 82. Hoewel Denemarken terstond bij de implementatie van de Tiende richtlijn regels heeft ingevoerd omtrent grensoverschrijdende splitsing, wordt de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing in de Deense wetgeving niet in deze studie genoemd.

In het kader van rechtsvergelijking heb ik onderzoek gedaan naar de mogelijkheden tot grensoverschrijdende splitsing in het Finse recht, het Deense recht, het Luxemburgse recht en het Duitse recht. De Finse, Deense en Luxemburgse wetgevers hebben direct in het kader van de implementatie van de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie regels opgenomen over grensoverschrijdende splitsing. Om die reden is het recht van deze lidstaten in de rechtsvergelijking betrokken. De Luxemburgse wetgever heeft volstaan met het opnemen van slechts één bepaling omtrent grensoverschrijdende splitsing.¹⁶ De Luxemburgse wetgeving bevat geen regels omtrent het conflictenrecht bij en de te volgen procedure tot grensoverschrijdende splitsing. De Luxemburgse benadering zal ik dan ook hoofdzakelijk gebruiken bij de beantwoording van de tweede deelvraag (*'Is grensoverschrijdende juridische splitsing toelaatbaar?'*) en niet bij de beantwoording van de andere deelvragen. De Finse en de Deense wetgeving bevatten wel regels omtrent de procedure tot grensoverschrijdende splitsing. De Finse en de Deense benaderingen ten aanzien van grensoverschrijdende splitsing zal ik gebruiken bij de beantwoording van de derde, vierde en vijfde deelvraag. Zowel van de Finse als van de Deense wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing zijn van overheidswege vertalingen in het Engels beschikbaar.¹⁷

Tevens heb ik gekeken naar de benaderingen ten aanzien van grensoverschrijdende splitsing in de Duitse doctrine. De benadering vanuit de Duitse doctrine is interessant omdat de Duitse wetgeving, net als de Nederlandse wetgeving, (nog) geen regels omtrent grensoverschrijdende splitsing bevat. Daarnaast is de Duitse doctrine bijzonder goed ontwikkeld en levert daarom rijk studiemateriaal op.

6 Methode van het onderzoek en opzet

Ter beantwoording van de hierboven beschreven deelvragen heb ik acht hoofdstukken opgenomen. In het eerste hoofdstuk staat de beantwoording van de eerste deelvraag (*'Bestaat, in verhouding tot andere vormen van herstructurering, vanuit juridisch oogpunt en oogpunt van kosten efficiëntie behoefte aan de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische splitsing?'*) centraal. Het hoofdstuk heeft als titel

¹⁶ Een parlementaire toelichting of andere toelichting bij de Luxemburgse bepaling omtrent grensoverschrijdende splitsing ontbreekt. In de spaarzame documentatie die ik ben tegengekomen in mijn onderzoek naar de Luxemburgse bepaling omtrent grensoverschrijdende splitsing, wordt deze bepaling zeer slechts summier en alleen beschrijvend behandeld.

¹⁷ Voor de Engelse vertaling van de Finse wetgeving wordt verwezen naar: www.finlex.fi/en en voor de Engelse vertaling van de Deense wetgeving naar: http://www.dcca.dk/graphics/_ny%20eogs/English%20version/Legislation/The%20Danish%20Companies%20Act%20-%2006122010.pdf. In mijn zoektocht naar literatuur over de Finse en Deense wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing ben ik slechts – niet zelden commercieel getinte en van juridische adviseurs afkomstige – literatuur tegengekomen die zeer beschrijvend van aard is en niet meer informatie bevat dan de wetteksten zelf.

‘Het nut van grensoverschrijdende splitsing en de relatie tot andere reorganisatievormen’. In dat hoofdstuk zal ik de grensoverschrijdende juridische splitsing vanuit juridisch oogpunt vergelijken met de grensoverschrijdende overdracht van activa en passiva onder bijzondere titel, de grensoverschrijdende overdracht van aandelen onder bijzondere titel, de grensoverschrijdende zetelverplaatsing en grensoverschrijdende omzetting en de grensoverschrijdende juridische fusie. Tevens zal ik een vergelijking maken van grensoverschrijdende splitsing met reorganisatiemethoden ‘naar vreemd recht’. Reorganisatiemethoden ‘naar vreemd recht’ zijn reorganisatiemethoden die niet bekend zijn in het Nederlandse recht en hun basis hebben in het recht van een andere staat, maar wel, al dan niet in combinatie met andere vormen van nationale, dan wel grensoverschrijdende herstructurering, een alternatief kunnen zijn voor grensoverschrijdende splitsing.

Het tweede hoofdstuk gaat over de Zesde richtlijn betreffende nationale splitsing. De Zesde richtlijn is op dit moment de enige bron van wetgeving op unieniveau omtrent nationale splitsing. De Zesde richtlijn vormt de basis voor alle wetgevingen omtrent splitsing in alle lidstaten van de EU en harmoniseert deze wetgevingen. Dat neemt echter niet weg dat de Zesde richtlijn ook mogelijkheden laat voor lidstaten – binnen door de Zesde richtlijn beschreven grenzen – een eigen invulling te geven aan de wetgeving omtrent splitsing. Door die mogelijkheden kunnen de wetgevingen van lidstaten omtrent nationale splitsing verschillen van elkaar. Juist bij grensoverschrijdende splitsing kunnen die verschillen aan het licht komen.

In het derde hoofdstuk, dat als titel heeft ‘De Nederlandse splitsingswetgeving’, sta ik stil bij de huidige Nederlandse wetgeving omtrent nationale splitsing, zoals die met de implementatie van de Zesde richtlijn op 1 februari 1998 van kracht is geworden en nadien enkele keren is gewijzigd. Ik zal in dat hoofdstuk aandacht besteden aan de mogelijkheden van de Zesde richtlijn waarvan de Nederlandse wetgever gebruik heeft gemaakt.

De beantwoording van de tweede deelvraag (*‘Is grensoverschrijdende juridische splitsing toelaatbaar?’*) staat centraal in hoofdstuk 4, met als titel ‘Toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing’. De vraag naar de toelaatbaarheid is een vraag van internationaal privaatrecht, die wordt beantwoord aan de hand van het interne recht van een staat dat van toepassing is op een entiteit waarvan betrokkenheid bij een grensoverschrijdende splitsing gewenst is.

In hoofdstuk 5, met als titel ‘Het conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende splitsing’, zal ik de derde deelvraag (*‘Welke conflictenrechtelijke beginselen kunnen worden gehanteerd bij grensoverschrijdende juridische splitsing?’*) beantwoorden. Hierbij zal ik met name een vergelijking maken met het conflictenrecht zoals dat wordt gehanteerd bij grensoverschrijdende fusie. In hoofdstuk 5 zal ik tevens een verdeling maken van onderwerpen in de procedure tot grensoverschrijdende splitsing.

De vierde deelvraag (*‘Welke vormen van grensoverschrijdende juridische splitsing zijn mogelijk, zowel wat betreft vormen van grensoverschrijdende juridische splitsing als wat betreft entiteiten die partij kunnen zijn bij grensoverschrijdende*

juridische splitsing, eventueel in het kader van de grensoverschrijdende juridische splitsing nieuw op te richten entiteiten daaronder begrepen?') zal worden behandeld in hoofdstuk 6, getiteld: 'Voorwaarden betreffende grensoverschrijdende splitsing'.

In hoofdstuk 7, getiteld 'De procedure tot grensoverschrijdende splitsing', komt het conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende splitsing aan bod, behandeld aan de hand van de in hoofdstuk 5 beschreven onderwerpen in de procedure tot grensoverschrijdende splitsing. In hoofdstuk 7 wordt de vijfde deelvraag (*'Hoe ziet het conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende juridische splitsing er uit en welke regels zullen moeten worden toegepast bij de implementatie van een grensoverschrijdende juridische splitsing?'*) beantwoord.

Hoofdstuk 8 bevat een samenvatting, presentatie van conclusies en een opsomming van aanbevelingen naar aanleiding van de eerdere hoofdstukken. Ik zal dan tevens, alles overziend, de zesde en laatste deelvraag (*'Bestaat behoefte aan wetgeving omtrent grensoverschrijdende juridische splitsing en waaraan zou die wetgeving moeten voldoen?'*) beantwoorden.

Het manuscript is per 21 januari 2014 afgesloten. Met nadien verschenen wetgeving, jurisprudentie en literatuur is slechts incidenteel rekening gehouden.

HOOFDSTUK 1

HET NUT VAN GRENDOVERSCHRIJDENDE SPLITSING EN DE RELATIE TOT ANDERE REORGANISATIEVORMEN

1.1 Inleiding

Grensoverschrijdende juridische splitsing is slechts één van de mogelijkheden binnen het scala aan grensoverschrijdende reorganisatiemethoden en rechtshandelingen die een vermogensovergang met zich brengen. Onder een grensoverschrijdende juridische splitsing versta ik in dit geval de juridische splitsing, waarbij (i) een vermogensovergang onder algemene titel plaatsvindt van de splitsende vennootschap op iedere verkrijgende vennootschap, (ii) waarbij in beginsel de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder worden van iedere verkrijgende vennootschap en (iii) waarbij ten minste twee van de bij de splitsing betrokken vennootschappen worden beheerst door het recht van verschillende staten. Grensoverschrijdende juridische splitsing kan zowel de vorm hebben van zuivere splitsing, waarbij de splitsende vennootschap ophoudt te bestaan, als de vorm van afsplitsing, waarbij de splitsende vennootschap niet ophoudt te bestaan.

Binnen het kader van grensoverschrijdende juridische splitsing kan nog een onderscheid gemaakt worden tussen *'outbound'* en *'inbound'* grensoverschrijdende juridische splitsing. Dit onderscheid is ontleend aan de begrippen *'outbound'* en *'inbound'* bij grensoverschrijdende juridische fusie (zie hierna paragraaf 1.5.).¹ Onder een *outbound* grensoverschrijdende splitsing wordt verstaan (i) zuivere splitsing waarbij een vennootschap, welke wordt beheerst door Nederlands recht, wordt gesplitst en waarbij de verkrijgende vennootschappen worden beheerst door het recht van een andere staat of andere staten, en (ii) afsplitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap naar één of meerdere vennootschappen welke wordt of worden beheerst door het recht van een andere staat of andere staten. Onder een *inbound* grensoverschrijdende splitsing wordt een splitsing verstaan waarbij ten minste één vennootschap, beheerst door Nederlands recht, vermogen verkrijgt ten gevolge van een zuivere splitsing of afsplitsing van een vennootschap, beheerst door het recht van een andere staat. De begrippen *'outbound'* en *'inbound'* zijn relatief: hetgeen vanuit Nederlands perspectief een *outbound* grensoverschrijdende splitsing is, is vanuit het perspectief van een andere staat een *inbound* grensoverschrijdende splitsing en omgekeerd.

¹ Roelofs 2009, p. 271.

Alternatieven voor grensoverschrijdende juridische splitsing, zoals de overdracht van activa en passiva onder bijzondere titel – al dan niet door inbreng op aandelen in een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere staat – de overdracht van aandelen, grensoverschrijdende zetelverplaatsing en grensoverschrijdende omzetting, grensoverschrijdende fusie en rechtshandelingen die een overgang – waaronder een overgang onder algemene titel – tot gevolg hebben en hun basis hebben in het nationale recht van een andere staat, kunnen, al dan niet in combinatie met elkaar, een resultaat opleveren dat gelijk is aan het resultaat dat wordt bereikt met een grensoverschrijdende juridische splitsing. Dat resultaat kan in sommige gevallen met grote rechtszekerheid worden bereikt, omdat daarvoor, in tegenstelling tot grensoverschrijdende juridische splitsing, een wettelijke raamwerk bestaat, zoals bij grensoverschrijdende fusie het geval is.

Hoewel meerdere alternatieven voor grensoverschrijdende juridische splitsing mogelijk zijn, is de grensoverschrijdende juridische splitsing een unieke rechtsfiguur en instrument binnen de mogelijkheden tot grensoverschrijdende herstructureringen. Grensoverschrijdende splitsing als herstructureringsvorm en methode om vermogen onder algemene titel over te doen laten gaan heeft naar mijn mening dan ook een toegevoegde waarde ten opzichte van andere vormen van grensoverschrijdende herstructureringen. Het samenstel van rechtshandelingen dat als alternatief kan worden gebruikt voor grensoverschrijdende splitsing zal veelomvattender, complexer, tijdrovender en duurder zijn dan grensoverschrijdende juridische splitsing. Tevens kan het alternatief voor een grensoverschrijdende juridische splitsing fiscaal minder aantrekkelijk zijn. Een grensoverschrijdende juridische splitsing leidt in beginsel niet tot heffing van vennootschapsbelasting over vermogenswinsten (het verschil tussen de werkelijke waarden van de activa en de fiscale (boek)waarden), terwijl deze vermogenswinst wel belast kan zijn wanneer afzonderlijke goederen worden overgedragen.²

In het vervolg van dit hoofdstuk zullen de alternatieven voor grensoverschrijdende splitsing worden behandeld. In paragraaf 1.2. zal worden stilgestaan bij de overdracht van activa en passiva, gevolgd door de overdracht van aandelen in paragraaf 1.3. In paragraaf 1.4. zal de grensoverschrijdende zetelverplaatsing en grensoverschrijdende omzetting als alternatief voor de grensoverschrijdende splitsing worden behandeld. In paragraaf 1.5. is een beschrijving opgenomen van het spiegelbeeld van grensoverschrijdende juridische splitsing: grensoverschrijdende juridische fusie. In paragraaf 1.6. zal van enkele buitenlandse vermogensovergangen, welke niet bekend zijn in het Nederlandse recht en hun bestaan danken aan het

² Zie art. 4 Voorstel van de Commissie van de Europese Gemeenschappen voor een Richtlijn van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, Brussel 29.07.2008, COM (2008) 492 (definitief). Een uitgebreide beschrijving van de fiscale consequenties gaat de reikwijdte van dit artikel te buiten. Voor een algemene uiteenzetting wordt verwezen naar: Van de Streek 2008.

recht van een andere staat, beschreven worden of en hoe die overgangen een alternatief kunnen zijn voor grensoverschrijdende juridische splitsing waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap is betrokken.

1.2 Overdracht activa en passiva

Met behulp van een overdracht van activa en passiva van een vennootschap aan één of meer verkrijgende vennootschappen, welke door het recht van verschillende staten worden beheerst, kan, bijvoorbeeld ten titel van koop of ruil, wat betreft de overgang van vermogen van de splitsende vennootschap op de verkrijgende vennootschap(en), eenzelfde resultaat worden bereikt als bij een grensoverschrijdende juridische splitsing. Opgemerkt dient te worden dat de toekenning van aandelen van rechtswege door de verkrijgende vennootschap(en) aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap en de liquidatie van rechtswege van de splitsende vennootschap bij een zuivere splitsing geen gevolg van rechtswege zijn bij de overdracht van activa en passiva, hetgeen wel het geval is bij (grensoverschrijdende) juridische splitsing.

De voor- en nadelen van overdracht van activa en passiva ten opzichte van grensoverschrijdende juridische splitsing zijn gelijk aan die van de bedrijfsfusie ten opzichte van de juridische fusie.³ Bij een overdracht van activa en passiva kan bovendien per activum of passivum worden bepaald of dat moet worden overgedragen of niet, hetgeen bij een overgang onder algemene titel niet het geval is. Een uitzondering hierop is de afsplitsing, waarbij alleen die vermogensbestanddelen overgaan op de verkrijgende vennootschap waarvan dat is beschreven in de vermogensbeschrijving (vergelijk artikel 3 lid 2 sub h Zesde richtlijn⁴ en artikel 2:334f lid 2 sub d BW).⁵ Daarnaast kunnen activa of passiva niet overdraagbaar zijn op basis van de wet, terwijl dat niet het geval hoeft te zijn voor de overgang onder algemene titel.

In het wettelijk systeem van juridische splitsing op basis van de Zesde richtlijn en de implementatiewetgevingen van de Zesde richtlijn in de lidstaten van de EU wordt de aandeelhouder van de splitsende vennootschap in principe aandeelhouder van iedere verkrijgende vennootschap. Daardoor verwatert het belang van de aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap, indien die verkrijgende vennootschap reeds bestaat en niet in het kader van de splitsing wordt opgericht, hetgeen een juridisch of economisch nadeel kan opleveren. Bij de overdracht van activa en

3 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 21.

4 Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen, Pb EG L 378 van 31.12.1982, p. 47 – 54.

5 Opgemerkt dient te worden dat niet alle activa en passiva voor overgang onder algemene titel vatbaar zijn. Voor die activa en/of passiva is dan een voorafgaande overdracht onder bijzondere titel noodzakelijk.

passiva worden de aandeelhouders van de splitsende vennootschap niet van rechtswege aandeelhouder en blijft het belang van de aandeelhouders in de reeds bestaande verkrijgende vennootschap gelijk. Ten slotte kan de overgang onder algemene titel vallen binnen een fiscale vrijstelling, terwijl de overdracht onder bijzondere titel kan leiden tot heffing over stille reserves indien deze niet vrijgesteld zijn.

1.2.1 IPR overeenkomstenrecht

Bij een grensoverschrijdende overdracht van activa en passiva moet het obligatoire gedeelte los worden gezien van het goederenrechtelijke gedeelte. Voorafgaande aan de overdracht van activa en passiva komt de overnemende vennootschap met de overdragende vennootschap overeen bepaalde activa en/of passiva over te nemen. Omdat bij een grensoverschrijdende overdracht van activa en passiva de overnemende vennootschap en de overdragende vennootschap door het recht van verschillende staten worden beheerst, kan dat gevolgen hebben voor het toepasselijk recht op die overeenkomst, de *lex contractus*.

Naar Nederlands ipr wordt het toepasselijke recht op een overeenkomst bepaald aan de hand van de Rome I-Verordening⁶ en, daar waar de Rome I-Verordening niet in regels voorziet, Titel 10:13 BW (artikel 10:153 tot en met artikel 10:156 BW) over het ipr betreffende verbintenissen uit overeenkomst.⁷ De rangorde tussen de Rome I-Verordening en Titel 10:13 BW volgt uit het feit dat een Europese verordening voorrang heeft boven nationale wetgeving, hetgeen ook nog eens is bevestigd in artikel 10:1 BW.⁸ Een overeenkomst tot overdracht van activa en passiva valt binnen het materiële toepassingsgebied van de Rome I-Verordening (artikel 1 lid 1, 2 Rome I-Verordening). Daar waar de Rome I-Verordening niet van toepassing is – bijvoorbeeld omdat de overeenkomst tot overdracht buiten het materiële toepassingsgebied van de Rome I-Verordening valt – zijn de bepalingen van de Rome I-Verordening van overeenkomstige toepassing verklaard (artikel 10:154 BW).

Verbintenissen die voortvloeien uit onderhandelingen voorafgaande aan het sluiten van een overeenkomst, zoals verbintenissen die verplichten tot vergoeding van schade wegens afgebroken onderhandelingen, vallen niet onder het materiële toepassingsgebied van de Rome I-Verordening, omdat die verbintenissen niet voortvloeien uit een overeenkomst. Op die verbintenissen is de Rome II-Verordening van toepassing.⁹

6 Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op overeenkomsten (Rome I), Pb EU L 177 van 4 juli 2008, p. 6 – 16.

7 Zilinsky 2010, p. 577 – 581.

8 Oderkerk 2010, p. 25 – 29.

9 Verordening (EG) Nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), Pb EU L 199, p. 40 – 48.

Binnen het materiële toepassingsgebied van de Rome I-Verordening staat rechtskeuzevrijheid voorop. De overeenkomst tot overdracht van activa en passiva wordt beheerst door het recht dat partijen – i.e. de overdragende vennootschap en de overnemende vennootschap – hebben gekozen (artikel 3 lid 1 Rome I-Verordening). De rechtskeuze voor het recht van een staat blijft echter buiten toepassing in twee gevallen. Het eerste geval waarin een rechtskeuze voor het recht van een staat buiten toepassing blijft, is het geval waarin alle overige op het tijdstip van de rechtskeuze bestaande aanknopingspunten van de overeenkomst zich bevinden in een andere staat dan de staat waarvan het recht is gekozen. De rechtsregels van die staat, waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken, behouden dan hun gelding. Het tweede geval waarin een keuze voor het recht van een staat buiten toepassing blijft, is het geval waarin door middel van een rechtskeuze voor het recht van een niet-EU-lidstaat zou worden afgeweken van dwingende bepalingen van gemeenschapsrecht waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken – zoals die zijn geïmplementeerd in het recht van de lidstaat van de rechter (de *lex fori*) – indien alle overige op het tijdstip van de rechtskeuze bestaande aanknopingspunten zich in één of meer lidstaten bevinden (artikel 3 lid 4 Rome I-Verordening).¹⁰

Indien geen rechtskeuze is uitgebracht, geldt de objectieve conflictregel van artikel 4 Rome I-Verordening. Dat artikel geeft conflictregels voor het toepasselijke recht op overeenkomsten. Speciale conflictregels zijn opgenomen voor bijvoorbeeld overeenkomsten die een zakelijk recht op een onroerend goed tot onderwerp hebben. In dat geval wordt de *lex rei sitae*, het recht van de staat waar het onroerend goed is gelegen, aangewezen als toepasselijk recht op de overeenkomst (artikel 4 lid 1 sub c Rome I-Verordening). Voor niet genoemde overeenkomsten is het recht van de staat waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten haar gewone verblijfplaats heeft van toepassing (artikel 4 lid 2 Rome I-Verordening). Het hangt bij de overdracht van activa en passiva af van de tegenprestatie welk recht van toepassing zal zijn op de overeenkomst krachtens deze objectieve conflictregel. Is de tegenprestatie de betaling van een geldsom, dan zal het recht van de staat waar de partij die de activa en/of passiva moet overdragen van toepassing zijn op de overeenkomst, omdat de betaling van een geldsom niet als kenmerkende prestatie kan worden gezien.¹¹ Het kan voorkomen dat, wanneer de tegenprestatie niet bestaat in de betaling van een geldsom, maar bijvoorbeeld in de overdracht van aandelen, de kenmerkende prestatie niet kan worden aangewezen. De overeenkomst wordt dan, bij gebrek aan een rechtskeuze, beheerst door het recht van de staat waarmee de overeenkomst het nauwst is verbonden (artikel 4 lid 4 Rome I-Verordening).

De Rome I-Verordening bevat een specifieke conflictregel voor het toepasselijke recht op de overeenkomst tot cessie van vorderingen (artikel 14 Rome I-Verordening). De vraag is of van die specifieke bepaling kan worden afgeweken door middel van een rechtskeuze. De Hoge Raad zag zich in 1997 gesteld voor deze

¹⁰ Zie tevens: Van Wechem 2008, p. 21.

¹¹ Strikwerda 2012, p. 162, 168.

vraag. De Hoge raad heeft toen ten aanzien van artikel 12 EVO-Verdrag,¹² de voorloper van artikel 14 Rome I-Verordening, bepaald dat als dat artikel (artikel 12 EVO-Verdrag) slechts de obligatoire overeenkomst tussen cedent en cessionaris op het oog zou hebben, deze bepaling geen zelfstandige betekenis zou hebben en overbodig zou zijn naast artikel 3 en artikel 4 EVO-Verdrag (huidig artikel 4 Rome I-Verordening).¹³ Van artikel 14 Rome I-Verordening, waarvan de conflictregel voor de overeenkomst tot cessie aansluit bij het recht dat van toepassing is op de bestaande overeenkomst tussen de cedent en schuldenaar, kan derhalve niet worden afgeweken door middel van een rechtskeuze. Dat neemt echter niet weg dat in de obligatoire overeenkomst, waar de vordering uit voortvloeit, wel een rechtskeuze kan worden opgenomen en op die manier (zij het indirect) het toepasselijke recht op de cessie kan worden gekozen.¹⁴

1.2.2 IPR goederenrecht

Het ipr betreffende het goederenrecht is, in tegenstelling tot het in de vorige paragraaf behandelde ipr betreffende het toepasselijke recht op overeenkomsten, (nog) niet geharmoniseerd door middel van Europese richtlijnen of verordeningen of verdragen, uitzonderingen, zoals het Haags Trustverdrag¹⁵ en de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten daargelaten.¹⁶ Bij gebrek aan enige harmonisatie op dit terrein kunnen lidstaten van de EU derhalve (vooralsnog) zelf het ipr bepalen betreffende het toepasselijke recht op de overdracht van goederen.

De Nederlandse regels van ipr betreffende goederenrecht zijn sinds 1 januari 2012 opgenomen in Boek 10 BW. De wetgevingsexercitie van Boek 10 BW betreffende het goederenrecht betrof slechts een hercodificatie/consolidatie van de regels die opgenomen waren in de Wet conflictenrecht goederenrecht. Een inhoudelijke wijziging van de bepalingen van die wet was niet beoogd.¹⁷ De ipr-conflictregels betreffende het toepasselijke recht op goederen is opgenomen in Titel 10.10 BW, getiteld 'goederenrecht' en bevat de artikelen 10:126 tot en met 10:152 BW.

De overdracht van zaken wordt beheerst door het recht van het land waar die zaak zich bevindt, de *lex rei sitae* (artikel 10:127 lid 1 BW). Aan de hand van dat recht wordt bepaald of een zaak roerend of onroerend is, wat een bestanddeel is van

12 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, met Protocol en Gemeenschappelijke verklaringen; Rome, 19 juni 1980, Trb.syst. 28 (1980), nrs. 1-3, Trb. 1980 156, in werking getreden op 1 april 1991.

13 HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585 (Hansa).

14 Strikwerda 2012, p. 195.

15 Haags verdrag van 1 juli 1985 inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, Trb. 1985, 141.

16 Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, Pb EG 2002 L 168, p. 43 – 50. Zie tevens: Van der Weide 2006, p. 8 – 11.

17 *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 137, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 5.

een zaak, of een zaak vatbaar is voor overdracht van de eigendom, of beperkte rechten daarop gevestigd kunnen worden, welke eisen gesteld worden aan overdracht of vestiging van beperkte rechten daarop, welke rechten op een zaak kunnen rusten, hoe die rechten ontstaan, zich wijzigen, overgaan en tenietgaan en wat hun onderlinge verhouding is (artikel 10:127 lid 5 BW). De inhoud van artikel 10:127 BW heeft tot gevolg dat naar Nederlands ipr zowel voor roerende als voor onroerende zaken de *lex rei sitae* bepalend is voor het goederenrechtelijk regime op die zaken.

Voor vorderingen aan toonder wordt ook aangesloten bij het recht van de staat waar de vordering zich bevindt, de *lex cartae sitae*. Het recht van de staat op welks grondgebied het toonderstuk zich bevindt bepaalt in de eerste plaats of het stuk, waarin de vordering is belichaamd, een vordering op naam, dan wel een vordering aan toonder is (artikel 10:134 BW). Is het stuk een vordering aan toonder, dan wordt aangesloten bij de *lex cartae sitae* (artikel 10:136 lid 1 BW).

Is de vordering een vordering op naam, hetgeen in de visie van de wetgever altijd het geval is indien de vordering niet is belichaamd in een stuk,¹⁸ of is naar de *lex rei sitae* het stuk geen vordering op naam, dan wordt de vatbaarheid voor overdracht van een vordering op naam en de vestiging van rechten op die vordering beheerst door het recht dat van toepassing is op de vordering (artikel 10:135 lid 1 BW). Het recht dat van toepassing is op de vordering is het recht van de staat dat van toepassing is op de rechtsverhouding waar de vordering haar basis in heeft, zoals een overeenkomst, onrechtmatige daad of zaakwaarneming.¹⁹

1.3 Overdracht aandelen

De overdracht van aandelen in een vennootschap kan een alternatief zijn voor een grensoverschrijdende splitsing. Een (af)splitsende vennootschap kan aandelen die zij houdt onder bijzondere titel overdragen in plaats van deze grensoverschrijdend af te splitsen. Hetzelfde resultaat kan bereikt worden door vermogen in een reeds bestaande vennootschap in te brengen, gevolgd door een overdracht van de aandelen in die vennootschap aan een vennootschap welke wordt beheerst door het recht van een andere staat. Een ander alternatief voor een grensoverschrijdende splitsing is oprichting van een vennootschap, welke wordt beheerst door het recht van een andere staat, en inbreng van vermogensbestanddelen in die vennootschap. Het omgekeerde is ook mogelijk: een buitenlandse vennootschap richt een nieuwe vennootschap op, welke wordt beheerst door Nederlands recht en brengt vermogen in. Vervolgens kunnen de aandelen in die vennootschap worden overgedragen.

¹⁸ *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 137, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 71.

¹⁹ Koppenol-Laforce 2011, p. 129.

1.3.1 *IPR Overeenkomstenrecht*

Een (koop)overeenkomst tot overdracht van aandelen moet los worden gezien van de eigenlijke, goederenrechtelijke, overdracht.²⁰ De overeenkomst tot overdracht van aandelen in een door Nederlands recht beheerste vennootschap hoeft niet noodzakelijkerwijs beheerst te worden door Nederlands recht. Het internationale element in de overeenkomst wordt bepaald door een uitgebrachte rechtskeuze in de overeenkomst, dan wel doordat krachtens objectieve conflictregels het recht van een andere staat van toepassing is. Vlas constateert terecht dat op de overeenkomst van koop van aandelen de Rome I-Verordening van toepassing is (zie tevens paragraaf 1.2.1.).²¹ Het toepasselijk recht op de overeenkomst kan door middel van een rechtskeuze worden bepaald. Is geen rechtskeuze uitgebracht, dan wordt het toepasselijke recht bepaald aan de hand van de objectieve conflictregel van artikel 4 Rome I-Verordening. Hierbij kan worden opgemerkt dat de partij die de aandelen moet leveren, in principe de kenmerkende prestant is en dat dientengevolge het recht van de staat van vestiging van die prestant van toepassing zal zijn op de overeenkomst. Dat is naar mijn mening anders indien de aandelen niet worden gekocht, maar de tegenprestatie ook uit aandelen bestaat, zoals bij een aandelenruil. In dat geval kan niet aan de hand van de conflictregel van artikel 4 lid 2 Rome I-Verordening – welke conflictregel het recht van de staat van vestiging van de kenmerkende prestant aanwijst als toepasselijk recht – het toepasselijke recht bepaald worden. In dat geval zal, bij gebrek aan een rechtskeuze, de overeenkomst worden beheerst door het recht van de staat waarmee de overeenkomst het nauwst verbonden is (artikel 4 lid 4 Rome I-Verordening). Deze conflictregel biedt echter weinig rechtszekerheid vooraf, omdat het notoir lastig is te bepalen met welke staat de overeenkomst het nauwst is verbonden. In de praktijk wordt daarom in bijna alle gevallen een rechtskeuze opgenomen.

1.3.2 *IPR goederenrecht*

Voor het toepasselijke recht op de overdracht van aandelen bevat het ipr separate regels. De ipr-wetgevingen op het terrein van het goederenrecht met betrekking tot aandelen zijn noch door middel van unieregels, noch door middel van verdragen op enigerlei wijze geharmoniseerd. Omdat een (harmoniserende) ipr-regeling ontbreekt, is het nationale ipr van een staat van toepassing. Het Nederlandse ipr met regels omtrent de overdracht van aandelen was tot 1 mei 2008 niet gecodificeerd. Aangenomen werd dat artikel 7 Wet algemene bepalingen²² analoog diende te

20 Vlas 2009, p. 179 en Pres. Rb. Amsterdam 29 april 1988, NJ 1988, 1011 en Pres. Rb. Almelo 27 april 2001, KG 2001, 128.

21 Vlas 2009-III, p. 179.

22 Wet houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, 15 mei 1829, Stcrt. 1829, 28, gewijzigd bij wetten van 26 april 1917, Stb. 1917, 303, 4 februari 1988, Stb. 1988, 18 en 28 december 1989, Stb. 1989, 616.

worden toegepast ten aanzien van aandelen aan toonder. Voor de overdracht van aandelen aan toonder was daarom de *lex cartae sitae* bepalend. Voor aandelen op naam werd aangesloten bij het op de vennootschap toepasselijke recht, de *lex societatis*.²³ De Wet algemene bepalingen is per 1 mei 2008 ingetrokken. Per die datum is de Wet conflictenrecht goederenrecht in werking getreden.²⁴ De Wet conflictenrecht goederenrecht codificeerde onder meer het ongeschreven ipr met betrekking tot de goederenrechtelijke aspecten van aandelen. Een lang leven was deze wet niet beschoren: met de inwerkingtreding van Boek 10 BW betreffende internationaal privaatrecht²⁵ per 1 januari 2012 is de Wet conflictenrecht goederenrecht komen te vervallen en samen met andere wetten conflictenrecht geconsolideerd in Boek 10 BW.²⁶ De wettelijke bepalingen omtrent het toepasselijke recht op de overdracht van aandelen zijn opgenomen in Afdeling 10.10.4 BW, getiteld 'Het goederenrechtelijk regime met betrekking tot aandelen'.

Het goederenrechtelijk regime – en daarmee de conflictregels – met betrekking tot de overdracht van aandelen verschilt naar gelang het (i) aandelen op naam, (ii) aandelen aan toonder of (iii) girale effecten betreft.

1.3.2.1 Voorvraag: aandeel op naam of aandeel aan toonder

Voordat het toepasselijke recht op de overdracht van aandelen vastgesteld kan worden, moet allereerst worden bepaald of het betreffende stuk – waarvan vermoed wordt dat het een aandeel is – (i) een aandeelbewijs is en (ii) of het aandeelbewijs een aandeel op naam is dan wel een aandeel aan toonder (artikel 10:137 BW).

Of een stuk een aandeelbewijs is, wordt bepaald aan de hand van het recht dat van toepassing is op de in het stuk vermelde uitgevende vennootschap, de *lex societatis*. De *lex societatis* wordt in het Nederlandse ipr bepaald aan de hand van het incorporatiestelsel, zoals opgenomen in artikel 10:118 BW (voor inwerkingtreding van Boek 10 BW: artikel 2 Wet conflictenrecht corporaties).²⁷ Is er geen sprake van een aandeelbewijs, dan is er automatisch sprake van een aandeel op naam.²⁸

Indien een stuk krachtens de *lex societatis* kwalificeert als een aandeelbewijs, wordt aan de hand van het recht van de staat waar het aandeelbewijs zich bevindt, de *lex cartae sitae*, bepaald of het stuk een aandeel op naam dan wel een aandeel aan

23 Vlas 1982, p. 111.

24 Wet van 25 februari 2008, houdende regeling van het conflictenrecht betreffende het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken, vorderingsrechten, aandelen en giraal overdraagbare effecten, Stb. 2008, 70 en Besluit van 2 april 2008 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 25 februari 2008, houdende regeling van het conflictenrecht betreffende het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken, vorderingsrechten, aandelen en giraal overdraagbare effecten, Stb. 2008, 105.

25 Wet van 19 mei 2011 tot vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek), Stb 2011, 272.

26 Vlas 2009-II, p. 893–898.

27 Zie over de *lex societatis* en het incorporatiestelsel uitgebreider: Roelofs 2011-III, p. 5 – 8.

28 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 876, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 9.

toonder is. Als een aandeelbewijs zich bevindt in Nederland, kan aan de hand van artikel 2:82 BW en de daarin opgenomen verwijzing naar de statuten van de betreffende vennootschap bepaald worden of er sprake is van een aandeel op naam of een aandeel aan toonder.

1.3.2.2 Goederenrechtelijk regime aandelen op naam: *lex societatis* en rechtskeuze

Artikel 10:138 lid 1 BW bepaalt dat het goederenrechtelijk regime met betrekking tot aandelen op naam wordt beheerst door de *lex societatis*. De overdracht van aandelen op naam in bijvoorbeeld een Belgische BVBA wordt derhalve beheerst door Belgisch recht. De *lex societatis* bepaalt niet alleen hoe een aandeel op naam moet worden overgedragen, maar ook hoe (beperkte) rechten op dat aandeel, zoals een pandrecht of een recht van vruchtgebruik, op een aandeel op naam kunnen worden gevestigd. De vestiging van een pandrecht of vruchtgebruik op een aandeel op naam in een Belgische BVBA wordt derhalve volgens Nederlands ipr beheerst door Belgisch recht (artikel 10:138 lid 1 BW jo. artikel 10:135 lid 1 BW).

Naast de overdracht en de wijze van vestiging van beperkte rechten op een aandeel op naam, worden ook de volgende onderwerpen door de *lex societatis* beheerst: (i) wie gerechtigd is tot uitoefening van de in het aandeel op naam besloten rechten, (ii) welke rechten op een aandeel op naam kunnen rusten en wat de aard en de inhoud is van die rechten, (iii) op welke wijze die rechten zich wijzigen, overgaan en tenietgaan en welke hun onderlinge verhouding is (artikel 10:138, lid 1 BW jo. artikel 10:135, lid 2 BW).

In Boek 10 BW is herverwijzing – ook wel aangeduid als ‘*renvoi*’ – uitgesloten. De conflictregels van Boek 10 BW verwijzen alleen naar het interne recht van een staat en niet tevens naar de regels van ipr van het recht van die staat (artikel 10:5 BW). Zou de *lex societatis*, welke van toepassing is op de overdracht van en vestiging van beperkte rechten op aandelen op naam, verwijzen naar het recht van een andere staat, dan moet vanuit Nederlands perspectief aan die regel van ipr voorbij worden gegaan.

Mogelijkheid tot rechtskeuze

Voor door Nederlands recht beheerste naamloze vennootschappen – en dus niet besloten vennootschappen – kan door middel van een rechtskeuze worden afgevoerd van de regel dat het goederenrechtelijk regime met betrekking tot de overdracht van aandelen op naam wordt beheerst door de *lex societatis*, namelijk: Nederlands recht. Artikel 10:138 lid 2 BW biedt daartoe de mogelijkheid door middel van een rechtskeuze. Deze rechtskeuze is bijzonder, omdat hiermee dwingende regels van Nederlands goederenrecht buiten toepassing kunnen worden verklaard. De rechtskeuze geldt alleen voor door Nederlands recht beheerste naamloze vennootschappen welke zijn genoteerd aan een buitenlandse effectenbeurs, zoals de New York Stock Exchange (NYSE). De aandelen op naam in een dergelijke naamloze vennootschappen worden ook wel aangeduid als ‘American

Shares'.²⁹ De rechtskeuze kan worden uitgebracht voor het recht van de staat van vestiging van de betrokken beurs of het recht van de staat waarin met instemming van die beurs leveringen en andere goederenrechtelijke rechtshandelingen betreffende die aandelen kunnen of moeten worden verricht. In artikel 10:138 lid 3 BW is bepaald dat de gedane rechtskeuze in ieder geval moet worden bekendgemaakt in twee landelijk verspreide Nederlandse dagbladen.

Ongeacht het recht dat het goederenrechtelijk regime van aandelen beheerst, of dat recht nu is aangewezen krachtens de objectieve verwijzingsregel van artikel 10:138 lid 1 BW, dan wel krachtens de rechtskeuze van artikel 10:138 lid 2 BW, worden de betrekkingen tussen de aandeelhouder of de (beperkt) gerechtigde en de vennootschap (zoals zeggenschapsrechten, financiële rechten, et cetera) beheerst door de *lex societatis*. Hetzelfde geldt voor de voorwaarden waaronder de overdracht of de vestiging van een recht aan de vennootschap kan worden tegengeworpen (artikel 10:138 lid 4 BW).

1.3.2.3 Goederenrechtelijk regime aandelen aan toonder: *lex cartae sitae*

Als overeenkomstig de *lex societatis* is vastgesteld dat een stuk een aandeelbewijs is en naar de *lex cartae sitae* dit aandeelbewijs een aandeel aan toonder is, bepaalt artikel 10:139 lid 1 BW dat het goederenrechtelijk regime met betrekking tot dat aandeel wordt beheerst door de *lex cartae sitae*. Een aandeel aan toonder wordt goederenrechtelijk gezien als een zaak. Bevindt bijvoorbeeld een aandeel aan toonder van een Duitse Aktiengesellschaft zich in Nederland, dan wordt het goederenrechtelijk regime met betrekking tot dat aandeel naar Nederlands ipr beheerst door Nederlands recht.

De *lex cartae sitae* beheerst het goederenrechtelijke regime van aandelen aan toonder, maar staat niet in de weg aan de toepassing van de *lex societatis* wat betreft de betrekkingen tussen aandeelhouder of (beperkt) gerechtigde enerzijds en de vennootschap anderzijds en de voorwaarden waaronder de overdracht of de vestiging van een recht aan de vennootschap kan worden tegengeworpen (artikel 10:139 lid 2 BW).

Omdat de *lex cartae sitae* eenvoudig kan wijzigen – door fysieke verplaatsing van het aandeel aan toonder naar een andere staat – kunnen reeds beperkte rechten op een aandeel aan toonder zijn gevestigd vóórdat het aandeel aan toonder werd verplaatst en dientengevolge de *lex cartae sitae* wijzigde. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer aandelen aan toonder in een Duitse Aktiengesellschaft in Duitsland bezwaard zijn met een pandrecht en vervolgens worden overgebracht naar Nederland. De vraag is dan wat er dan gebeurt met het naar Duits recht gevestigde pandrecht. In artikel 10:139 lid 3 BW is bepaald dat artikel 10:130 BW en artikel 10:131 BW van overeenkomstige toepassing zijn op aandelen aan toonder. Artikel 10:130 BW bevat een conflictregel voor het '*conflit mobile*'. Krachtens die *conflit*

²⁹ Koppenol-Laforce en Aalderink 2010, p. 541.

mobile-regel blijven rechten die overeenkomstig het toenmalige toepasselijke recht zijn gevestigd op dat aandeel aan toonder in stand, ook als dat aandeel aan toonder wordt overgebracht naar een andere staat. Dat betekent dat, zoals in het voorbeeld met het Duitse pandrecht op de aandelen aan toonder in een Duitse Aktiengesellschaft, Duits recht van toepassing blijft op dat pandrecht, ook al bevindt het aandeel aan toonder zich in Nederland en is de *lex cartae sitae* gewijzigd van Duits recht in Nederlands recht. Het beperkte recht kan echter niet worden uitgeoefend op een wijze die onverenigbaar is met het recht van een staat op welks grondgebied de zaak zich ten tijde van die uitoefening bevindt. De uitoefening van het Duitse pandrecht op de aandelen aan toonder in een Duitse Aktiengesellschaft bij insolventie van de pandgever mag niet tot onverenigbaarheden leiden met het Nederlandse recht. Het Nederlandse recht prevaleert in dezen.

Artikel 10:131 BW is van overeenkomstige toepassing op aandelen aan toonder. Dat artikel bevat een conflictregel voor het geval een zaak – in dit geval een aandeel aan toonder – wordt verkregen van een beschikkingsonbevoegde. De beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder zelf kan onder meer voortkomen uit (i) beschikkingsonbevoegdheid van degene die aan hem vervreemde, (ii) een gebrek in de titel die verplichtte tot levering aan de vervreemder of (iii) een ongeldige levering aan de vervreemder. Krachtens artikel 10:131 BW worden de rechtsgevolgen van de verkrijging van een aandeel aan toonder van een beschikkingsonbevoegde beheerst door het recht van de staat op welks grondgebied het aandeel aan toonder zich ten tijde van die verkrijging bevond, de *lex cartae sitae*. Bevond het aandeel aan toonder zich in Nederland ten tijde van die verkrijging – wat eigenlijk geen geldige verkrijging was, omdat werd verkregen van een beschikkingsonbevoegde – dan is Nederlands recht van toepassing op de rechtsgevolgen van die verkrijging, ook als daarna de *lex cartae sitae* zou wijzigen doordat het aandeel aan toonder wordt verplaatst naar het grondgebied van een andere staat.

1.3.2.4 Goederenrechtelijk regime girale effecten: *lex specialis*

Effecten, aandelen daaronder begrepen, welke aan een effectenbeurs genoteerd zijn, worden veelal giraal geleverd aan de koper: de verkoper draagt er zorg voor dat de effecten worden bijgeschreven op een door de koper opgegeven effectenrekening. Indien aandelen behoren tot een verzameling van effecten die giraal overdraagbaar zijn, wordt het goederenrechtelijk regime met betrekking tot die aandelen niet beheerst door de hiervoor beschreven regels zoals opgenomen in artikel 10:137 BW tot en met artikel 10:139 BW, voor zover daarvan in artikel 10:141 BW van wordt afgeweken. Artikel 10:141 BW bevat een *lex specialis* voor het goederenrechtelijk regime met betrekking tot girale effecten.

Artikel 10:141 BW bepaalt dat het goederenrechtelijk regime met betrekking tot giraal overdraagbare effecten, aandelen daaronder begrepen, wordt beheerst door het recht van de staat op welks grondgebied de rekening waarin de effecten worden

geadministreerd, wordt gehouden (artikel 10:141 lid 1 BW). Wordt de effectenrekening bijvoorbeeld gehouden in Duitsland, dan beheerst Duits recht het goederenrechtelijk regime met betrekking tot deze girale effecten.

De onderwerpen die door het toepasselijke recht worden beheerst, komen grotendeels overeen met de onderwerpen die worden beheerst door het goederenrechtelijk regime met betrekking tot aandelen aan toonder zoals genoemd in artikel 10:139 BW jo. artikel 10:135 lid 1 en lid 2 BW. Het aangewezen goederenrechtelijk regime met betrekking tot giraal overdraagbare effecten bepaalt (i) welke rechten op de effecten kunnen rusten en wat de aard en de inhoud van die rechten is, (ii) welke vereisten aan de overdracht of de vestiging van die rechten gesteld worden, (iii) wie gerechtigd is tot uitoefening van de in de effecten besloten rechten, (iv) op welke wijze de rechten die op effecten kunnen rusten zich wijzigen, overgaan en tenietgaan en wat hun onderlinge verhouding is en (v) de executie (artikel 10:141 lid 2 BW). Omdat in Boek 10 BW *renvoi* is uitgesloten, wordt alleen verwezen naar het interne recht van de staat welks recht is aangewezen en wordt niet tevens verwezen naar het internationaal privaatrecht van die staat. Verwijst, zoals in het voorgaande voorbeeld, het Duitse recht, dat is aangewezen krachtens artikel 10:141 BW, naar het recht van een andere staat wat betreft de rechten die op effecten kunnen rusten en wat de inhoud van die rechten is, dan moet aan die regel van Duits ipr voorbij worden gegaan.³⁰

1.4 Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en grensoverschrijdende omzetting

1.4.1 Alternatief voor grensoverschrijdende juridische splitsing

Een grensoverschrijdende zetelverplaatsing kan een alternatief zijn voor grensoverschrijdende juridische splitsing. Het begrip ‘zetel’ moet in dit verband ruim worden opgevat: het omvat niet alleen de statutaire zetel, de zetel die de vennootschap heeft krachtens haar statuten, maar ook de werkelijke zetel, het hoofdbestuur of de plaats van waaruit de vennootschap wordt bestuurd. Vier soorten zetelverplaatsingen kunnen worden onderscheiden:

- (i) de verplaatsing van de werkelijke zetel (het hoofdbestuur) binnen de grenzen van één staat;
- (ii) de verplaatsing van de statutaire zetel binnen de grenzen van één staat;
- (iii) de verplaatsing van de werkelijke zetel naar een andere staat, en
- (iv) de verplaatsing van de statutaire zetel naar een andere staat.

³⁰ *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 876, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 13 en *Kamerstukken II*, 2004-2005, 30 138, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 20.

Bij de laatste twee (grensoverschrijdende) verplaatsingen kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds (i) zetelverplaatsingen zonder dat het op de vennootschap toepasselijke recht, de *lex societatis*, wijzigt en anderzijds (ii) grensoverschrijdende zetelverplaatsingen waarbij de *lex societatis* wel wijzigt.

De grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een vennootschap met wijziging van het op de vennootschap toepasselijke recht – de *lex societatis* – kan ook wel worden aangeduid als ‘grensoverschrijdende omzetting’: de rechtshandeling waarbij de vennootschap zich losmaakt van het recht van de staat waardoor het tot het moment van de zetelverplaatsing werd beheerst – de ‘uitreisstaat’ of ‘outbound-staat’ – en na de omzetting wordt beheerst door het recht van de staat waarnaartoe de zetel is verplaatst – de ‘inreisstaat’ of ‘inbound-staat’. Hierbij wisselt de vennootschap van ‘nationaliteit’.

Een grensoverschrijdende zetelverplaatsing, al dan niet met wijziging van de *lex societatis*, kan een alternatief zijn voor een grensoverschrijdende juridische splitsing wanneer het doel is dat vermogensbestanddelen gaan toebehoren aan een vennootschap welke wordt beheerst door het recht van een andere staat. Het resultaat is vergelijkbaar met een grensoverschrijdende splitsing: vermogensbestanddelen behoren na de zetelverplaatsing tot een – vanuit het oogpunt van de beginsituatie – vennootschap, welke wordt beheerst door het recht van een andere staat. Indien de *lex societatis* niet wijzigt, blijven de vermogensbestanddelen echter wel toebehoren aan dezelfde vennootschap waarop het recht van dezelfde staat van toepassing blijft.

Bij een grensoverschrijdende zetelverplaatsing (met wijziging van de *lex societatis*) vindt, in tegenstelling tot bij grensoverschrijdende juridische splitsing, geen vermogensovergang onder algemene titel plaats. De afwezigheid van een vermogensovergang kan civielrechtelijk gezien een voordeel zijn, omdat de vermogensbestanddelen of rechtsverhoudingen die niet onder algemene titel kunnen overgaan toch na de grensoverschrijdende omzetting uiteindelijk toebehoren aan een vennootschap waarop het recht van een andere staat van toepassing is, fiscaalrechtelijk zijn ook voordelen verbonden aan de afwezigheid van een vermogensovergang onder algemene titel. Een nadeel van de afwezigheid van een vermogensovergang, is dat geen splitsing van vermogen kan plaatsvinden en dat geen keuze gemaakt kan worden tussen vermogensbestanddelen die uiteindelijk zullen toebehoren aan de verkrijgende vennootschap of vennootschappen en vermogensbestanddelen die eventueel worden behouden door de splitsende vennootschap, hetgeen wel mogelijk is bij een grensoverschrijdende zuivere splitsing, respectievelijk afsplitsing. Om de splitsing van het vermogen te bewerkstelligen moeten aanvullende rechtshandelingen worden verricht, zoals een splitsing in de outbound-staat of een splitsing in de inbound-staat.

1.4.2 De *lex societatis*

De *lex societatis* is het op een vennootschap toepasselijke recht. Het begrip ‘*lex societatis*’ heeft een hybride betekenis: enerzijds is de *lex societatis* het op een

vennootschap toepasselijke recht, bepaald naar het recht van de staat waarnaar de vennootschap is opgericht. Anderzijds is de *lex societatis* het recht van een staat dat het ipr van een andere staat, niet zijnde de staat naar welks recht de vennootschap is opgericht, van toepassing acht op een vennootschap. Binnen dit kader zijn twee leren te onderscheiden: de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel, ook wel *siège réel*-leer genoemd.

1.4.2.1 Incorporatieleer

De incorporatieleer – ook wel aangeduid als ‘leer van de statutaire zetel’ of ‘incorporatiestelsel’ – sluit aan bij het recht van de staat waar de statutaire zetel van een vennootschap is gesitueerd. Voor vennootschappen die worden beheerst door het recht van een staat die de incorporatieleer hanteert, is vereist dat de statutaire zetel van een vennootschap, de zetel zoals die is opgenomen in de statuten, in die staat is gesitueerd.

Nederland vereist van vennootschappen, die door Nederlands recht beheerst worden, dat de statutaire zetel in Nederland is gelegen. Dat blijkt uit wettelijke bepalingen, zoals die in de betreffende titels zijn opgenomen in het Burgerlijk wetboek. Voor de naamloze vennootschap is bijvoorbeeld uitdrukkelijk bepaald dat de zetel moet zijn gelegen in Nederland (artikel 2:66 lid 3 BW). Voor de besloten vennootschap is hetzelfde bepaald in artikel 2:177 lid 3 BW. Ook uit artikel 2:27 lid 4 sub a BW blijkt dat de vereniging haar statutaire zetel in Nederland moet hebben. Dat geldt op basis van artikel 2:53a BW ook voor de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij en op basis van artikel 2:286 lid 4 sub d BW voor de stichting.

Voor de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap is bepaald dat de statutaire zetel in Nederland moet zijn gelegen, voor de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij is bepaald dat de statuten de gemeente waar de zetel is gesitueerd moet vermelden. Een inhoudelijk onderscheid is niet beoogd.

Het Nederlandse recht bevat geen bepalingen over de plaats van de werkelijke zetel, de plaats van waaruit de vennootschap wordt bestuurd, van door Nederlands recht beheerste vennootschappen. De werkelijke zetel van een door Nederlands recht beheerste vennootschap kan overal ter wereld zijn gelegen. Het Nederlandse recht verbindt geen consequenties aan de situering van de werkelijke zetel buiten Nederland. Dat neemt echter niet weg dat andere staten in beginsel wel consequenties kunnen verbinden aan de situering van de werkelijke zetel op hun territoire.

Voor andere dan door Nederlands recht beheerste vennootschappen wordt in het Nederlandse ipr ook de incorporatieleer gehanteerd. Tot 1 januari 2012 was de incorporatieleer opgenomen in artikel 2 Wet conflictenrecht corporaties. Met ingang van 1 januari 2012 is de Wet conflictenrecht corporaties komen te vervallen en

samen met andere wetten conflictenrecht geconsolideerd in Boek 10 BW.³¹ Het incorporatiestelsel, zoals dat geldt voor door niet-Nederlands recht beheerste vennootschappen, is opgenomen in artikel 10:118 BW. Een corporatie die ingevolge de oprichtingsovereenkomst (zoals een personenvennootschap) of de akte van oprichting (zoals een rechtspersoon) haar statutaire zetel heeft op het grondgebied van een staat naar welks recht zij is opgericht, wordt beheerst door het recht van die staat. Is geen statutaire zetel opgenomen in de oprichtingsovereenkomst of de akte van oprichting, dan is – subsidiair – het centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting richtinggevend voor de bepaling van de *lex societatis*.

Artikel 10:118 BW ziet op door niet-Nederlands recht beheerste corporaties, zoals corporaties die zijn opgericht naar het recht van één van de staten van de Verenigde Staten van Amerika. Indien een Corporation haar statutaire zetel heeft in de staat Delaware, zal vanuit Nederlands perspectief het recht van de staat Delaware van toepassing zijn op die Corporation. Indien echter het recht van de staat Delaware vervolgens het recht van een andere staat aanwijst als het toepasselijke recht, dan wordt die aanwijzing niet begrepen onder artikel 10:118 BW. De aanwijzing van het toepasselijk recht van een staat omvat niet tevens het ipr van het recht van die staat (artikel 10:5 BW). *Renvoi*, ofwel ‘herverwijzing’, is in Boek 10 BW niet toegelaten. Uiteraard kan, indien de statutaire zetel zich in een andere staat bevindt, het recht van die staat krachtens Nederlands ipr van toepassing zijn op die corporatie krachtens de hoofdregel van artikel 10:118 BW.

Het incorporatiestelsel kan echter niet onverkort worden toegepast op corporaties in de zin van artikel 10:117 sub a BW die worden beheerst door het recht van één van de EU-lidstaten. Op 12 juli 2012 heeft het Hof van Justitie van de EU het Vale-arrest³² gewezen. In dat arrest heeft het Hof van Justitie nog eens bevestigd hetgeen het al eerder oordeelde in het Daily Mail-arrest,³³ en het Cartesio-arrest.³⁴ In het Vale-arrest is nog eens bevestigd dat de statutaire zetel (en daarmee tevens de incorporatieleer) en de werkelijke zetel/hoofdbestuur (en daarmee de leer van de werkelijke zetel) als aanknopingspunten betreffende de bepaling van het toepasselijke recht op vennootschappen (in de zin van artikel 54 VwEU, voorheen artikel 48 VEG) binnen de EU op gelijke voet naast elkaar staan.³⁵ Dat aanknopingspunt kan niet alleen gehanteerd worden om te bepalen of een vennootschap is opgericht

31 Wet van 19 mei 2011 tot vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek), Stb. 2011, 272 en Besluit van 28 juni 2011 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek, Stb. 2011, 340. Zie tevens: Roelofs 2011-III, p. 5 – 8.

32 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsöbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60.

33 HvJ EG 27 september 1988, The Queen tegen H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc., Zaak 81/87, Jurisprudentie 1988 p. 05483.

34 HvJ EG 16 december 2008, Cartesio, Zaak C-210/06, Jurisprudentie 2008, p. I-09641. Zie hierover nader: Van Eck en Groenland 2010, p. 9 – 11.

35 HvJ EG 16 december 2008, Cartesio, Zaak C-210/06, Jurisprudentie 2008, p. I-09641, r.o. 106.

volgens het recht van een lidstaat, maar ook om die hoedanigheid van vennootschap naar het recht van die lidstaat na de oprichting te handhaven.³⁶

Deze regel uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU heeft consequenties voor het in artikel 10:118 BW neergelegde incorporatiestelsel: het Nederlandse ipr kan niet ongelimiteerd het recht van de staat waar de statutaire zetel is gesitueerd van toepassing achten op corporaties waarop krachtens de eigen *lex societatis* van die corporatie een ander recht van toepassing is. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een corporatie waarop het recht van toepassing is van een lidstaat dat de leer werkelijke zetel hanteert, haar werkelijke zetel verplaatst naar een locatie buiten die lidstaat. Volgens het toepasselijke recht van die lidstaat zou – in principe – de verplaatsing van de werkelijke zetel leiden tot ontbinding van de corporatie. Naar Nederlands ipr zou dan echter de corporatie nog steeds blijven voortbestaan en worden beheerst door het oorspronkelijke oprichtingsrecht, vanwege de situering van de statutaire zetel in de outbound-lidstaat. Dit gevolg van toepassing van de in artikel 10:118 BW neergelegde incorporatieleer is strijdig met EU-recht, omdat daarmee een inbreuk wordt gemaakt op de erkenning van de corporatie die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat.³⁷ In dat geval dient toepassing van de incorporatieleer op grond van artikel 10:118 BW achterwege te blijven op grond van artikel 10:1 BW.

Naast Nederland hanteren de Verenigde Staten van Amerika, het Verenigd Koninkrijk, Ierland, Italië, Zwitserland, Zweden, Finland, Denemarken en Noorwegen de incorporatieleer. Duitsland past eveneens voor naar niet-Duits recht opgerichte vennootschappen/rechtspersonen de leer van de werkelijke zetel toe, voor de door Duits recht beheerste Aktiengesellschaft (AG) en de Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) past Duitsland de incorporatieleer toe.³⁸

1.4.2.2 Siège réel-stelsel

In het siège réel-stelsel, ook wel de leer van de werkelijke zetel genoemd, eist de *lex societatis* in het algemeen dat een vennootschap – naast haar statutaire zetel – tevens haar werkelijke zetel, het hoofdbestuur, heeft op het grondgebied van die staat. Het centrum van de bestuursactiviteiten moet liggen in die staat.³⁹

36 HvJ EG 16 december 2008, Cartesio, Zaak C-210/06, Jurisprudentie 2008, p. I-09641, r.o. 110, HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsöbbs Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 28 en Schutte-Veenstra 2009, p. 105 – 111 en Roelofs 2012-V, p. 795, 796.

37 HvJ EG 5 november 2002, Überseering (C-208/00), Jurisprudentie p. I-9919, r.o. 59, 60, 62.

38 Sinds de inwerkingtreding van het Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) (Bundesgesetzblatt 2008, nr. 48, p. 2026 e.v.) per 1 november 2008, zijn § 5 Aktiengesetz en § 4a GmbH-Gesetz gewijzigd in die zin dat de zetel van het bestuur ('Verwaltungssitz') buiten Duitsland kan zijn gesitueerd.

39 Vlas 2009, p. 29.

De werkelijke zetelleer wordt ook gehanteerd als ipr-conflictregel ter bepaling van het op een vennootschap toepasselijke recht. Staten waarvan het ipr een conflictregel omvat, welke uitgaat van de leer van de werkelijke zetel, knopen voor wat betreft het toepasselijke recht op een vennootschap aan bij het recht van de staat waar de werkelijke zetel van die vennootschap is gesitueerd.

Het centrum van bedrijfsactiviteit is geen maatgevende factor in de leer van de werkelijke zetel, omdat het volgens Vlas niet voldoet als aanknopingspunt ter bepaling van het op een vennootschap toepasselijke recht. Vlas ziet als nadelen van de werkelijke zetelleer dat niet geheel duidelijk is wat de inhoud is van het begrip 'werkelijke zetel'. Deze inhoud kan verschillen per rechtsstelsel. Daarnaast kan de verplaatsing van de werkelijke zetel buiten het grondgebied van een staat moeilijk of onmogelijk zijn.⁴⁰ Vlas schetst tevens een moeilijkheid die de werkelijke zetelleer kan opleveren in internationale concerns, waarbij een moedervernootschap 100% aandeelhouder is van een dochtervennootschap, welke wordt beheerd door het recht van een staat die de leer van de werkelijke zetel hanteert. De moedervernootschap oefent beslissende invloed uit op het reilen en zeilen van de dochtervennootschap. De vraag is dan waar de werkelijke zetel van de dochtervennootschap gesitueerd is: in de staat waarvan het recht op de moedervernootschap van toepassing is, dan wel in de staat welks recht van toepassing is op de dochtervennootschap zelf.

België, Frankrijk en Luxemburg hanteren de leer van de werkelijke zetel. Duitsland past eveneens de leer van de werkelijke zetel toe, maar niet voor de door Duits recht beheerde Aktiengesellschaft (AG) en de Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).⁴¹

De werkelijke zetelleer als ipr-regel kan binnen de lidstaten van de EU niet onverkort worden toegepast op vennootschappen die worden beheerd door het recht van een andere EU-lidstaat. Op basis van rechtsoverweging 110 van het Cartesio-arrest mag niet het recht van een lidstaat toegepast worden op een vennootschap die wordt beheerd door het recht van een andere lidstaat. Een vennootschap, die wordt beheerd door het recht van een lidstaat die de incorporatieleer hanteert en haar werkelijke zetel heeft in een lidstaat die de leer van de werkelijke zetel hanteert, wordt beheerd door het oprichtingsrecht en niet (tevens) door het recht van de lidstaat waar de werkelijke zetel is gesitueerd. Derhalve kan de leer van de werkelijke zetel niet onverkort – en dwingend – toegepast worden op vennootschappen die worden beheerd door het recht van een andere EU-lidstaat. Naar mijn mening kunnen om die reden vennootschappen die worden beheerd door het recht van één van de EU-lidstaten niet dwingend een dubbele nationaliteit hebben. Indien bijvoorbeeld een door Nederlands recht beheerde vennootschap haar hoofdbestuur naar Luxemburg verplaatst, mag vanuit Luxemburgs perspectief niet dwingend het

⁴⁰ Vlas 1982, p. 48.

⁴¹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) (Bundesgesetzblatt 2008, nr. 48, p. 2026 e.v.), in werking getreden per 1 november 2008.

Luxemburgse recht worden toegepast en krijgt de vennootschap niet dwingend een bipatride karakter.

Bij vennootschappen die niet worden beheerst door het recht van een EU-lidstaat, kan de leer van de werkelijke zetel wel onverkort worden toegepast. In die gevallen kan wel bipatriditeit ontstaan. Dat is anders indien het recht van die staat *renvoi* toestaat, krachtens welk principe in dat concrete geval toepassing van het recht van een andere staat wordt erkend en het recht van de staat van de werkelijke zetel niet van toepassing is op die vennootschap. Op die manier wordt voorkomen dat een positief ipr-conflict optreedt, waardoor het recht van meerdere staten van toepassing is op een vennootschap. Een positief ipr-conflict treedt op wanneer twee staten hun recht van toepassing achten op dezelfde vennootschap. Een positief ipr-conflict heeft tot gevolg dat een vennootschap een dubbele vennootschappelijke nationaliteit heeft, het is een bipatride vennootschap.

1.4.3 Zetelverplaatsingen

In het algemeen kan een vennootschap binnen de grenzen van één staat doorgaans vrijelijk haar statutaire zetel en werkelijke zetel verplaatsen, zonder dat dat gevolgen heeft voor het op de vennootschap toepasselijke recht. In een staat die de leer van de werkelijke zetel aanhangt, heeft de verplaatsing van het hoofdbestuur naar een locatie buiten die staat als gevolg dat de vennootschap niet meer aan de eisen van het recht voldoet waarnaar zij is opgericht. In principe zal de verplaatsing van het hoofdbestuur naar een locatie buiten de staat van oprichting leiden tot ontbinding van de vennootschap.

Een door Nederlands recht beheerste vennootschap kan vanwege het voorschrift dat de statutaire zetel in Nederland (het land in Europa) moet zijn gesitueerd niet worden opgericht met een statutaire zetel in het buitenland.⁴² Naar mijn mening kan de vennootschap dan niet ontstaan. Voordat de verklaring van geen bezwaar werd afgeschaft per 1 juli 2011, zou de verklaring van geen bezwaar niet zijn verleend indien de in de voorgestelde statuten voorgestelde statutaire zetel niet in Nederland zou zijn gelegen.⁴³

Een door Nederlands recht beheerste vennootschap kan haar statutaire zetel vrijelijk verplaatsen binnen Nederland. Een besluit tot verplaatsing van de statutaire zetel van een door Nederlands recht beheerste vennootschap naar een locatie buiten de Nederlandse landsgrenzen, met behoud van de status van vennootschap naar Nederlands recht, is in strijd met de in Boek 2 BW neergelegde incorporatieleer. Het besluit tot verplaatsing van de statutaire zetel naar een locatie buiten Nederland is nietig.⁴⁴ Met het verdwijnen van de verklaring van geen bezwaar is de controle van

42 Bellingwout 1996, p. 56.

43 Bellingwout 1996, p. 57.

44 Bellingwout 1996, p. 57.

overheidswege op de statuten bij statutenwijziging komen te vervallen.⁴⁵ De taak de voorgestelde, gewijzigde, statuten te controleren ligt hiermee volledig bij de notaris. De notaris zal zich bij een statutenwijziging ervan moeten vergewissen dat de statutaire zetel in Nederland is gelegen. Passeert hij niettemin de akte van statutenwijziging waarin de statutaire zetel niet in Nederland is gelegen, dan kan de rechtbank de vennootschap ontbinden, omdat de statuten niet aan de eisen der wet voldoen (artikel 2:21 lid 1 sub b BW). De locatie van het hoofdbestuur van een door Nederlands recht beheerste vennootschap kan overal ter wereld gesitueerd zijn.

1.4.4 Zetelverplaatsingen binnen de grenzen van het Koninkrijk der Nederlanden

De statutaire zetel van een door Nederlands recht beheerste vennootschap kan binnen Nederland worden verplaatst door middel van een statutenwijziging. Nederland moet hier worden opgevat als het land binnen Europa, niet daaronder begrepen zijn de landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Hoewel uit de terminologie van de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van vennootschappen blijkt dat het land Nederland per 10 oktober 2010 mede de openbare lichamen Bonaire, St. Eustatius en Saba omvat, hebben deze openbare lichamen (nog) wel hun eigen rechtsstelsel en hun eigen Burgerlijk Wetboek, hetgeen afgeleid is van het Burgerlijk Wetboek zoals dat tot 10 oktober 2010 op de Nederlandse Antillen gold (artikel 2 Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba).⁴⁶

Beerman en Roozendaal concluderen dat een verplaatsing van de statutaire zetel van een vennootschap vanuit Nederland (het land in Europa) en de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba zonder meer mogelijk is, omdat in de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van vennootschappen slechts wordt gesproken over 'landen' van het Koninkrijk en niet over 'landen en openbare lichamen'.⁴⁷ De juistheid van deze opvatting valt te betwijfelen. Binnen het Koninkrijk der Nederlanden bestaan vijf rechtsstelsels: dat van Nederland, dat van Aruba, dat van

45 Wet van 7 juli 2010 tot wijziging van onder meer Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet documentatie vennootschappen in verband met het vervallen van de verklaring van geen bezwaar en het verbeteren en uitbreiden van de controle op rechtspersonen met het oog op de voorkoming en bestrijding van misbruik van rechtspersonen, Stb. 2010, 280 en Besluit van 21 april 2011 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 7 juli 2010 tot wijziging van onder meer Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet documentatie vennootschappen in verband met het vervallen van de verklaring van geen bezwaar en het verbeteren en uitbreiden van de controle op rechtspersonen met het oog op de voorkoming en bestrijding van misbruik van rechtspersonen (Stb. 280) en van het besluit van 8 april 2011 tot wijziging van het Besluit documentatie vennootschappen en enige andere besluiten in verband met het vervallen van de verklaring van geen bezwaar en het verbeteren en uitbreiden van de controle op rechtspersonen met het oog op de voorkoming en bestrijding van misbruik van rechtspersonen (Stb. 180), Stb. 2011, 194.

46 Wet van 17 mei 2010 tot invoering van de regelgeving met betrekking tot de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba), Stb. 2010, 346.

47 Beerman en Roozendaal, p. 243 – 245.

Curaçao, dat van Sint Maarten en dat van de openbare lichamen Bonaire, Saba en St. Eustatius. Dat is opgemerkt in het nader rapport naar aanleiding van het advies van de Raad van State.⁴⁸ Letterlijk gezien mag de conclusie dat de openbare lichamen vennootschapsrechtelijk gezien tot Nederland behoren verdedigbaar zijn, vanuit wetshistorisch oogpunt is een dergelijke conclusie niet juist. De verplaatsing van de statutaire zetel van een door Nederlands recht beheerste vennootschap naar de landen Aruba, Curaçao, Sint Maarten of de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius of Saba, is nietig.

1.4.5 Zetelverplaatsingen binnen de grenzen van de Europese Unie

Binnen de Europese Unie kunnen vennootschappen hun statutaire zetel en hun hoofdbestuur vrijelijk verplaatsen, voor zover dat is toegestaan krachtens het recht dat van toepassing is op de vennootschap, de *lex societatis*. In de laatste decennia is een aantal keren in een prejudiciële procedure op grond van artikel 267 VwEU (voorheen: artikel 234 VEG) het Hof van Justitie van de EG/EU de vraag voorgelegd of de belemmering van een zetelverplaatsing – waaronder zowel begrepen de werkelijke zetel als de statutaire zetel – van een vennootschap door een lidstaat in strijd was met de vrijheid van vestiging zoals neergelegd in artikel 49 en 54 VwEU (voorheen: artikel 43 en 45 VEG).

1.4.5.1 Zetelverplaatsingen en de vrijheid van vestiging

Met betrekking tot zetelverplaatsingen en de vrijheid van vestiging zijn door het Hof van Justitie van de EG/EU drie belangrijke arresten geweest naar aanleiding van prejudiciële vragen: het Daily Mail-arrest, het Cartesio-arrest en het Vale-arrest.

Het Daily Mail-arrest

In het Daily Mail-arrest⁴⁹ stond de vraag centraal of een door een lidstaat opgeworpen belemmering ter gelegenheid van de verplaatsing van de werkelijke zetel (het hoofdbestuur) naar een andere lidstaat in strijd was met de vrijheid van vestiging. Daily Mail and General Trust PLC, een vennootschap beheerst door het recht van het Verenigd Koninkrijk, wilde haar centrale bestuurszetel (werkelijke zetel) verplaatsen van het Verenigd Koninkrijk naar Nederland. Het Verenigd Koninkrijk hanteerde en hanteert de incorporatieleer voor door het recht van het Verenigd Koninkrijk beheerste vennootschappen. Het Britse vennootschapsrecht verzette zich niet tegen een verplaatsing van de centrale bestuurszetel naar een locatie buiten het Verenigd Koninkrijk, waarbij de vennootschap haar rechtspersoonlijkheid en hoedanigheid van vennootschap naar Brits recht behoudt.⁵⁰ Echter,

48 *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 186, nr. 4 (Advies Raad van State en nader rapport), p. 4.

49 HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Daily Mail, Jurisprudentie 1988, p. 5481.

50 HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Daily Mail, Jurisprudentie 1988, p. 5483, r.o. 1.

krachtens de fiscale wetgeving van het Britse recht (Section 482(1)(a) van de Income and Corporation Taxes Act 1970) was voor de verplaatsing van de fiscale vestigingsplaats naar een locatie buiten het Verenigd Koninkrijk toestemming vereist van het ministerie van Financiën.⁵¹

In de Daily Mail-zaak werd de goedkeuring de fiscale vestigingsplaats te verplaatsen geweigerd. Daily Mail and General Trust PLC voerde daarop bij het High Court of Justice, Queen's Bench Division, aan dat de vrijheid van vestiging, zoals destijds neergelegd in artikel 52 en 58 EEG-Verdrag (huidig artikel 49 en 54 VwEU), haar het recht verleent haar bestuurszetel zonder voorafgaande toestemming naar een andere lidstaat over te brengen, dan wel het recht die toestemming te verkrijgen zonder dat voorwaarden aan die toestemming werden verbonden.⁵²

Het High Court of Justice stelde naar aanleiding van deze kwestie prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EG, waaronder de vraag of de vrijheid van vestiging in de weg staat aan het verbod van een lidstaat dat een vennootschap met centrale bestuurszetel in die staat, die bestuurszetel zonder voorafgaande toestemming naar een andere lidstaat verplaatst.⁵³ Het Hof van Justitie van de EG stelde, ter beantwoording van de prejudiciële vraag, vast dat het EEG-Verdrag de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot de vereiste aanknopingspunten en de vraag of, en zo ja hoe, de statutaire zetel of het feitelijke hoofdkantoor van een naar nationaal recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat kan worden verplaatst, beschouwt als vraagstukken waarvoor de regels inzake het recht van vestiging geen oplossing bieden, doch die in toekomstige wetgeving of overeenkomsten moeten worden geregeld.⁵⁴ Het Hof van Justitie van de EG legt de artikelen 52 en 58 EEG-Verdrag niet zo uit dat zij naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschappen het recht geven hun centrale bestuurszetel en hun hoofdbestuur naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van hun hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerste lidstaat (de uitreislidstaat of 'outbound-lidstaat'). Een vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van een lidstaat en in die lidstaat haar werkelijke en statutaire zetel heeft, heeft niet het recht haar centrale bestuurszetel naar een andere lidstaat te verplaatsen enkel en alleen op basis van de vrijheid van vestiging.

Het Cartesio-arrest

In het Cartesio-arrest⁵⁵ stond een vergelijkbare kwestie centraal als in het Daily Mail-arrest. Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, een commanditaire vennootschap beheerst door het recht van Hongarije, wilde haar zetel verplaatsen van Hongarije naar Italië met behoud van status van vennootschap naar Hongaars recht. Het

51 HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Daily Mail, Jurisprudentie 1988, p. 5483, r.o. 5.

52 HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Daily Mail, Jurisprudentie 1988, p. 5483, r.o. 8.

53 HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Daily Mail, Jurisprudentie 1988, p. 5483, r.o. 9.

54 HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Daily Mail, Jurisprudentie 1988, p. 5483, r.o. 21.

55 HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, Cartesio, Jurisprudentie 2008, p. I-9641.

Hongaarse recht stond destijds een naar Hongaars recht opgerichte vennootschap niet toe haar zetel naar het buitenland te verplaatsen en tegelijkertijd onderworpen te blijven aan het Hongaarse recht. Het verzoek van Cartesio aan de Bács-Kiskun Megyei Bíróság (regionale rechtbank van Bács-Kiskun), optredend als Cégbíróság (handelsrechtbank), de verplaatsing van haar zetel naar Italië te laten vastleggen en de vermelding betreffende haar zetel in het handelsregister dienovereenkomstig te laten wijzigen, werd afgewezen. Cartesio betoogde dat, voor zover de Hongaarse wetgeving een onderscheid maakt tussen vennootschappen naargelang de lidstaat waarin haar zetel zich bevindt, deze wetgeving in strijd is met de vrijheid van vestiging, zoals neergelegd in artikel 43 en 49 VEG (huidig artikel 49 en 54 VwEU). Hieruit vloeit volgens Cartesio voort dat de Hongaarse wetgeving Hongaarse vennootschappen niet kan verplichten hun zetel in Hongarije te vestigen. Daarop heeft het Szegedi Ítéletáblam (Hof van beroep te Szeged) de volgende prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de EG:

*(i) Is het geval dat een naar Hongaars recht opgerichte vennootschap die haar zetel wil verplaatsen naar een andere lidstaat van de EU, een geval dat wordt beheerst door het gemeenschapsrecht of een geval waarop, bij gebreke van harmonisatie van wetgevingen, uitsluitend het nationale recht van toepassing is?*⁵⁶

(ii) Kan een Hongaarse vennootschap rechtstreeks op basis van het gemeenschapsrecht (de vrijheid van vestiging, zoals neergelegd in de artikelen 43 en 48 EG, (huidige artikelen 49 en 54 VwEU, toevoeging ERR) verzoeken om verplaatsing van haar zetel naar een andere lidstaat van de EU en kan de zetelverplaatsing afhankelijk kan worden gesteld van enigerlei voorwaarde of toestemming door de lidstaat van herkomst of de lidstaat van ontvangst?

(iii) Kunnen de artikelen 43 en 48 EG (huidige artikelen 49 en 54 VwEU, toevoeging ERR) zo worden uitgelegd, dat nationale regelingen of praktijken die ter zake van de uitoefening van de rechten betreffende vennootschappen een onderscheid maken tussen die vennootschappen naargelang van de lidstaat waarin hun zetel zich bevindt, onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht en

(iv) Of de artikelen 43 en 48 EG zo moeten worden uitgelegd dat nationale regelingen of praktijken die eraan in de weg staan dat een vennootschap haar zetel naar een andere lidstaat van de EU verplaatst, onverenigbaar is met gemeenschapsrecht?

Het Hof van Justitie van de EG beantwoordde de prejudiciële vragen in lijn met de antwoorden die eerder waren gegeven in het Daily Mail-arrest. Onder verwijzing naar rechtsoverweging 19 van het Daily Mail-arrest merkte het Hof van Justitie van de EG op dat een op grond van een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap enkel bestaat krachtens de nationale wetgeving, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepaalt.⁵⁷ Daarbij onderstreepte het Hof van Justitie van de EG

⁵⁶ HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, Cartesio, Jurisprudentie 2008, p. I-9641, r.o. 40.

⁵⁷ HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, Cartesio, Jurisprudentie 2008, p. I-9641, r.o. 104.

nog eens dat de leer van de werkelijke zetel en de incorporatieleer op gelijke voet naast elkaar staan en dat in het EG-Verdrag (huidig Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) daarmee rekening is gehouden. Het Hof van Justitie van de EG had al eerder in het *Überseering*-arrest⁵⁸ daaruit afgeleid dat de mogelijkheid de statutaire of werkelijke zetel te verplaatsen naar een andere lidstaat zonder de rechtspersoonlijkheid volgens het recht van de lidstaat van oprichting te verliezen, alsmede de voorwaarden voor een verplaatsing, worden bepaald door de nationale wetgeving overeenkomstig welke de vennootschap is opgericht.⁵⁹

Een lidstaat kan dus beperkingen stellen aan de verplaatsing van de werkelijke zetel van een volgens zijn wettelijke regeling opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat. Een lidstaat mag zowel de aanknopng omschrijven die van een vennootschap vereist is opdat deze kan worden geacht te zijn *opgericht* volgens het nationale recht van een lidstaat, als de aanknopng die benodigd is om die hoedanigheid van vennootschap naderhand – na de oprichting – te *handhaven*.

Storm is van mening dat het Hof van Justitie van de EG in het *Cartesio*-arrest de reikwijdte van de vrijheid van vestiging te eng en verkeerd interpreteert.⁶⁰ Krachtens artikel 54 VwEU moet een vennootschap, om gebruik te kunnen maken van de vrijheid van vestiging, zijn opgericht in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat van de EU en haar statutaire zetel, haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging hebben binnen de gemeenschap. Hij is van mening dat de vereisten, zoals opgesomd in artikel 54 VwEU, alternatieve vereisten zijn. Een vennootschap kan naar zijn mening gebruik maken van de vrijheid van vestiging indien die vennootschap in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat is opgericht en hetzij de statutaire zetel, hetzij het hoofdbestuur, hetzij de hoofdvestiging binnen de EU heeft. Het is naar zijn mening immers de bedoeling van de Europese wetgever geweest dat de vrijheid van vestiging een zo ruim mogelijke kring van EU-onderdanen zou omvatten. Naar zijn mening mogen nadere vereisten, zoals een samenval van de werkelijke en statutaire zetel in dezelfde lidstaat, niet door lidstaten gesteld worden, wanneer de vennootschap in overeenstemming met het recht van een lidstaat is opgericht en aan één van de overige drie vereisten voldoet – namelijk: de statutaire zetel, het hoofdbestuur of de hoofdvestiging is gelegen binnen de Gemeenschap. De uitleg die het Hof van Justitie van de EG/EU in het *Daily Mail*-arrest en het *Cartesio*-arrest heeft gegeven aan de reikwijdte van de vrijheid van vestiging is naar zijn mening dan ook niet juist: de eis die lidstaten hanteren ten aanzien van de concordantie van locatie van de werkelijke zetel en de locatie van de statutaire zetel zijn in strijd met artikel 54 VwEU en de vrijheid van vestiging.

De mening van Storm is zeer interessant te noemen. Naar mijn mening gaat de visie van Storm echter wel erg ver en is contrair aan de overwegingen van het Hof van Justitie van de EU in het *Daily Mail*-arrest en het *Cartesio*-arrest. Zou de visie

58 HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, *Überseering*, Jurisprudentie 2002, p. I-9919, r.o. 70.

59 HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, *Cartesio*, Jurisprudentie 2008, p. I-9641, r.o. 107.

60 Storm 2009, p. 331.

van Storm gevolgd worden, dan zou daarmee de vrijheid van vestiging in grote mate worden opgerekt en zou getornd worden aan de vrijheid van lidstaten zelf te bepalen de leer van de werkelijke zetel, dan wel de incorporatieleer te hanteren. Niettemin is de interpretatie van Storm wel interessant voor toekomstig EU-recht.

Het Vale-arrest

In het Vale-arrest⁶¹ stond de verplaatsing van de zetel van Vale Costruzione Srl, een door Italiaans recht beheerste vennootschap, van Italië naar Hongarije centraal. In het kader van de zetelverplaatsing wilde Vale Costruzioni Srl haar Italiaanse nationaliteit verruilen voor de Hongaarse nationaliteit en zich grensoverschrijdend omzetten in een door Hongaars recht beheerste vennootschap, Vale Építési Kft. In het Vale-arrest memoreerde het Hof van Justitie van de EU nog eens dat de leer van de werkelijke zetel en de incorporatieleer binnen de Europese Unie op gelijke voet naast elkaar staan.⁶² Dat had het Hof van Justitie van de EG ook al geconcludeerd in het Daily Mail-arrest⁶³ en het Cartesio-arrest.⁶⁴ Een lidstaat mag zowel de aanknopings (op basis van de statutaire zetel, op basis van het hoofdbestuur of op basis van beide) voorschrijven voor een vennootschap zodat deze kan worden geacht te zijn *opgericht* naar het recht van een lidstaat, als de aanknopings die vereist is om die hoedanigheid naderhand te kunnen *handhaven*.⁶⁵ De vrijheid van vestiging op zich geeft geen recht op verplaatsing van hetzij de werkelijke, hetzij de statutaire zetel. De mogelijkheden tot verplaatsing van hetzij de werkelijke, hetzij de statutaire zetel kunnen alleen worden gevonden in het nationale recht van een lidstaat dat van toepassing is op een vennootschap.

1.4.5.2 SE-omzetting en zetelverplaatsing

Inleiding

Op 8 oktober 2004 is de SE-Verordening⁶⁶ in werking getreden. De SE-Verordening bevat wetgeving omtrent de Societas Europaea (SE), ook aangeduid als ‘Europese vennootschap’. Een SE is een supranationale rechtsvorm en is daarom niet te vergelijken met rechtsvormen naar het nationale recht van de lidstaten. Een SE is

61 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60.

62 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 28.

63 HvJ EG 27 september 1988, The Queen tegen H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc., Zaak 81/87, Jurisprudentie 1988 p. 05483, r.o. 23.

64 HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, Cartesio, Jurisprudentie 2008, p. I-9641, r.o. 104. Zie tevens: Vlas 2009-I, p. 377 – 378.

65 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 29 en HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, Cartesio, Jurisprudentie 2008, p. I-9641, r.o. 110.

66 Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), Pb L 294 van 10.11.2001, p. 1 – 21.

een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal en heeft rechtspersoonlijkheid (artikel 1 SE-Vo). Een SE wordt voor sommige bepalingen van de SE-Verordening beschouwd als een naamloze vennootschap die wordt beheerst door het recht van de lidstaat waar zij haar *statutaire zetel* heeft (artikel 3 lid 1 SE-Vo). Een SE wordt beheerst door de bepalingen van de SE-Verordening en de bepalingen van de statuten van de SE, wanneer de SE-Verordening dit uitdrukkelijk toestaat. Voor de aangelegenheden die niet bij de SE-Verordening zijn geregeld, of wanneer een aangelegenheid slechts gedeeltelijk is geregeld, zijn de door de lidstaten ter uitvoering van communautaire maatregelen vastgestelde wettelijke voorschriften die specifiek op SE's gericht zijn van toepassing, de wettelijke voorschriften van de lidstaten welke zouden gelden voor een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft en de bepalingen van de statuten van de SE, onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van een lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft (artikel 9 SE-Verordening).

IPR betreffende de SE

Voor de SE is bepaald dat haar werkelijke zetel, haar hoofdbestuur, in dezelfde lidstaat moet zijn gelegen als waar de statutaire zetel is gelegen (artikel 7 SE-Vo). Met deze regel geeft de SE-Verordening haar eigen regels van ipr voor de SE en stelt daarmee het ipr van een lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft terzijde. Een SE met statutaire zetel in Nederland moet derhalve ook haar hoofdbestuur in Nederland hebben, ondanks dat krachtens Nederlands recht voor een door Nederlands recht beheerste naamloze vennootschap de incorporatieleer gehanteerd wordt (artikel 2:66 lid 3 BW) – en dientengevolge haar werkelijke zetel overal ter wereld gelegen kan zijn –, en voor wat betreft de erkenning van rechtspersonen die worden beheerst door het recht van een andere staat ook de incorporatieleer hanteert (artikel 10:119 BW).

Bij de redactie van de SE-Verordening is voor de SE gekozen voor de leer van de werkelijke zetel. In overweging 27 van de considerans bij de SE-Verordening is gemotiveerd dat rekening gehouden moest worden met het specifieke en communautaire karakter van de SE en dat daarom de SE-Verordening de wetgevingen van de lidstaten onverlet laat en met de SE-Verordening niet vooruit gelopen wordt op de keuzes die voor andere communautaire teksten op het gebied van het vennootschapsrecht worden gemaakt. Naast de toepassing van de leer van de werkelijke zetel voor de SE, biedt de SE-Verordening nog de mogelijkheid voor lidstaten te bepalen dat op hun grondgebied ingeschreven SE's hun statutaire zetel en hun hoofdbestuur op dezelfde plaats moeten hebben.⁶⁷

⁶⁷ Nederland heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

De 'vorming' van een SE

Met behulp van een SE kan een grensoverschrijdende zetelverplaatsing geëffectueerd worden. Voorwaarde daarvoor is dat een SE reeds bestaat. De ontstaanswijzen van een SE zijn limitatief opgesomd in artikel 2 SE-Verordening. Ondanks herhaalde oproepen hiertoe, is het niet mogelijk een SE op te richten 'ex nihilo'.⁶⁸ Omdat niet iedere rechtshandeling waarbij een SE ontstaat een oprichting is van een nieuwe vennootschap, is het beter te spreken over 'vorming van een SE' dan over de 'oprichting van een SE'.

Een SE kan naar de huidige stand van de SE-Verordening worden gevormd door middel van (i) grensoverschrijdende fusie door overname of door oprichting van een nieuwe vennootschap, (ii) oprichting van een holding-SE, (iii) oprichting van een dochter-SE en (iv) omzetting van een naamloze vennootschap in een SE (artikel 2 lid 1 tot en met 4 SE-Vo). Voor iedere vorming van een SE is een grensoverschrijdend element vereist.

Ter gelegenheid van een grensoverschrijdende fusie tussen naamloze vennootschappen, zoals opgesomd in Bijlage 1 van de SE-Verordening, die overeenkomstig het recht van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel en hoofdbestuur in de EU hebben, kan een SE worden opgericht. In geval van een fusie door overname neemt de overnemende vennootschap tegelijkertijd met de fusie de vorm van een SE aan, bij een fusie door oprichting is de SE de nieuw opgerichte vennootschap (artikel 17 lid 2, sub a, b SE-Vo). Het grensoverschrijdende element bij de vorming van een SE door fusie is gelegen in het feit dat ten minste twee van de fuserende naamloze vennootschappen worden beheerst door het recht van verschillende lidstaten.

Naamloze en besloten vennootschappen (welke zijn opgesomd in Bijlage II bij de SE-Verordening), die overeenkomstig het recht van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel en hoofdbestuur in de EU hebben, kunnen een holding-SE oprichten (artikel 2 lid 2 Se-Vo). De naamloze of besloten vennootschappen nemen het initiatief tot oprichting van een holding-SE. De aandeelhouders van de initiatiefnemende vennootschappen brengen hun aandelen in in de op te richten SE tegen aandelen in de SE (artikel 33 lid 2 SE-Vo). Het grensoverschrijdende element bij de oprichting van een holding-SE is gelegen in het feit dat (i) de initiatiefnemende vennootschappen onder het recht van verschillende lidstaten ressorteren, dan wel (ii) elk van de initiatiefnemende vennootschappen sinds ten minste twee jaar een dochtervennootschap hebben die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert, dan wel een bijkantoor hebben dat in een andere lidstaat is gelegen.

Een derde wijze waarop een SE kan worden gevormd, is de oprichting van een dochter-SE (artikel 2 lid 3 SE-Vo). Een dochter-SE kan worden opgericht door vennootschappen in de zin van artikel 48 VEG (huidig artikel 54 VwEU). De categorie rechtsvormen die gebruik kan maken van de mogelijkheid een dochter-SE op te richten is daarmee aanzienlijk ruimer dan bij de mogelijkheid een holding-SE

⁶⁸ Lenoir 2008, p. 13 – 21.

op te richten of een SE te vormen door middel van grensoverschrijdende fusie. Vennootschappen in de zin van artikel 54 VwEU zijn: maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, coöperatieve verenigingen of coöperatieve vennootschappen, overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen. Het grensoverschrijdende element bij de oprichting van een dochter-SE is gelegen in het feit dat (i) de vennootschappen onder het recht van verschillende lidstaten ressorteren, dan wel (ii) elk van de vennootschappen sinds ten minste twee jaar een dochtervennootschap hebben die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert, dan wel een bijkantoor dat in een andere lidstaat is gelegen.

De vierde en tevens laatste ontstaanswijze van een SE is de omzetting van een naamloze vennootschap die overeenkomstig het recht van een lidstaat is opgericht en haar statutaire zetel en hoofdbestuur in de EU heeft in een SE (artikel 2 lid 4 SE-Vo). Hiervoor is als grensoverschrijdend element vereist dat de naamloze vennootschap gedurende ten minste twee jaar een dochtervennootschap heeft die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert.

Zetelverplaatsing van een bestaande SE

De SE-Verordening biedt een duidelijk raamwerk voor de zetelverplaatsing van een reeds bestaande SE. Deze regels zijn opgenomen in artikel 8 SE-Vo. De zetelverplaatsing leidt noch tot ontbinding van een SE, noch tot vorming van een nieuwe rechtspersoon: er is sprake van continuïteit ten aanzien van de rechtspersoonlijkheid van een SE (artikel 8 lid 1 SE-Vo).

Omdat een SE haar werkelijke zetel, het hoofdbestuur, moet hebben in dezelfde lidstaat als de statutaire zetel (artikel 7 SE-Vo), houdt de zetelverplaatsing van een SE altijd de verplaatsing van zowel de statutaire zetel, als de verplaatsing van het hoofdbestuur in. Na de zetelverplaatsing zal de SE worden beheerst door het recht van een andere lidstaat van de EU: de zetelverplaatsing houdt een discontinuïteit in ten aanzien van het op de SE toepasselijke recht. Het Europese recht, de SE-Verordening, blijft echter van toepassing. Het nationale recht van een lidstaat in de zin van artikel 9 lid 1 sub c SE-Vo dat als aanvulling op de regels van de SE-Verordening geldt, wijzigt slechts. In zoverre heeft de zetelverplaatsing een wijziging van de *lex societatis* tot gevolg.

Een SE moet aan een aantal eisen voldoen om haar zetel te kunnen verplaatsen. Ik duid deze vereisten aan als 'kwaliteitseisen'. Een SE mag niet in een procedure tot ontbinding, liquidatie, insolventie, opschorting van betalingen of andere soortgelijke procedures zijn verwickeld (artikel 8 lid 15 SE-Vo).

Het voordeel van een zetelverplaatsing van een SE is dat daarvoor in de vorm van artikel 8 SE-Vo een duidelijk, wettelijk raamwerk bestaat. Totdat de Europese wetgever een richtlijn (of andersoortige wetgeving) opstelt waarmee de mogelijkheden en procedures tot zetelverplaatsing van vennootschappen die ressorteren onder de wetgevingen van de lidstaten van de EU met of zonder wijziging van het toepasselijk recht op een vennootschap geharmoniseerd worden en, afhankelijk van

het soort wetgeving, deze geïmplementeerd wordt in het nationale recht van de lidstaten van de EU, is de zetelverplaatsing van een SE de enige methode om met behulp van een rechtszeker kader de zetel van een vennootschap te verplaatsen naar een andere lidstaat met wijziging van het toepasselijke recht op de vennootschap.

Het nadeel van de zetelverplaatsing van een SE is dat een verplaatsing van de statutaire zetel van de SE ook altijd tevens de verplaatsing van de werkelijke zetel (hoofdbestuur) inhoudt.⁶⁹ Vossestein heeft opgemerkt dat het vereiste dat de statutaire zetel en de werkelijke zetel in dezelfde lidstaat moeten zijn gesitueerd, de attractiviteit van de SE belemmert.⁷⁰ Hiermee wordt tevens de flexibiliteit van de zetelverplaatsing beperkt. Een ander nadeel is dat een SE moet bestaan op het moment van de zetelverplaatsing. De SE moet op dat moment gevormd zijn door middel van grensoverschrijdende fusie, oprichting van een holding-SE, oprichting van een dochter-SE of door middel van omzetting van een naamloze vennootschap in een SE. Bij iedere wijze van vorming van een SE is een grensoverschrijdend element vereist. Bij de omzetting van een naamloze vennootschap in een SE klemt des te meer dat de naamloze vennootschap gedurende ten minste twee jaar een dochtervennootschap moet hebben gehad die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert, wil de omzetting in een SE kunnen plaatsvinden. Een zetelverplaatsing van een naamloze vennootschap naar een andere lidstaat kost, inclusief de omzetting van een naamloze vennootschap in een SE, derhalve minimaal 26 maanden, indien aan het begin van de procedure nog niet voldaan werd aan het vereiste dat de vennootschap gedurende ten minste twee jaar een dochtervennootschap had die onder het recht van een andere lidstaat ressorteerde. Wel kan deze lange termijn aanzienlijk worden verkort door de SE op een andere wijze te vormen. Daar waar voor de omzetting van een naamloze vennootschap in een SE vereist is dat de naamloze vennootschap gedurende ten minste twee jaar een dochtervennootschap heeft in een andere lidstaat (artikel 2 lid 4 SE-Verordening), is dat bij de vorming van een SE door middel van een grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen niet vereist (artikel 2 lid 2 sub a SE-Verordening). Door gebruikmaking van de mogelijkheid een SE te vormen door middel van een grensoverschrijdende fusie – eventueel met gebruikmaking van een speciaal daartoe opgerichte ‘plankvennootschap’ – kan de termijn van de totale zetelverplaatsing worden verkort van ten minste 26 maanden naar ten minste drie maanden (vanuit Nederlands perspectief: één maand voor de grensoverschrijdende fusie waarbij een SE wordt gevormd (artikel 18 SE-Verordening jo. artikel 2:316 BW) en twee maanden voor de zetelverplaatsing van de SE (artikel 8 lid 6 SE-Verordening).

De SE moet gevormd zijn op het moment dat de procedure tot zetelverplaatsing wordt gestart. Een samenloop van de procedure tot omzetting van een naamloze vennootschap in een SE en de zetelverplaatsing van de SE is niet mogelijk. Dat blijkt reeds duidelijk uit artikel 8 SE-Vo, waarin bijvoorbeeld is vereist dat de

⁶⁹ Lenoir 2008, p. 7.

⁷⁰ Vossestein 2010, p. 221.

huidige naam, statutaire zetel en nummer van de SE worden vermeld in het voorstel tot zetelverplaatsing (artikel 8 lid 2 SE-Vo). Bovendien is nog eens expliciet in artikel 37 lid 3 SE-Vo samenloop van de procedure tot omzetting en de procedure tot zetelverplaatsing uitgesloten: bij omzetting kan de statutaire zetel van een SE niet verplaatst worden.⁷¹

Na de zetelverplaatsing van de SE kan de SE worden omgezet in een naamloze vennootschap onder het recht van de lidstaat waar naartoe de zetel van de SE is verplaatst (artikel 66 SE-Vo). Uiteraard is de omzetting van een SE in een naamloze vennootschap onder het recht van de lidstaat waar naartoe de zetel is verplaatst niet noodzakelijk indien geen bezwaar bestaat tegen het behoud van de supranationale rechtsvorm van de SE nadat de zetelverplaatsing van kracht is geworden. Indien toch gewenst is dat de rechtspersoon zich na de zetelverplaatsing omzet in een naamloze vennootschap onder het recht van de lidstaat waar naartoe de zetel is verplaatst – bijvoorbeeld om psychologische redenen – dan kan het besluit tot omzetting in een naamloze vennootschap echter pas worden genomen twee jaar na de inschrijving van de SE en nadat de eerste twee jaarrekeningen zijn goedgekeurd (artikel 66 lid 1 SE-Vo). Een zetelverplaatsing van een naamloze vennootschap naar een andere lidstaat kost, inclusief de omzetting van een naamloze vennootschap in een SE en de omzetting van een SE in een naamloze vennootschap, derhalve minimaal 50 maanden – indien aan het begin van de procedure de vennootschap nog geen dochtervennootschap had die onder het recht van een andere lidstaat ressorteerde en de SE werd gevormd door middel van omzetting van een naamloze vennootschap in een SE –, dan wel ten minste 27 maanden – indien de SE werd gevormd door middel van een grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen.

1.4.6 Grensoverschrijdende omzetting

Een grensoverschrijdende omzetting heeft per definitie wijziging van het op een vennootschap toepasselijke recht – de *lex societatis* – tot gevolg. Een grensoverschrijdende omzetting houdt de verplaatsing in van ten minste de statutaire zetel en, wanneer het recht van de inreislidstaat de leer van de werkelijke zetel hanteert, tevens de verplaatsing van de werkelijke zetel. De vennootschap wordt na de omzetting beheerst door het recht van de inbound-lidstaat en de banden met de outbound-lidstaat worden geheel verbroken. Naar mijn mening wijzigt bij een grensoverschrijdende omzetting ook het oprichtingsrecht, zoals het begrip ‘oprichting’ wordt gehanteerd in artikel 54 VwEU.⁷² Van Veen heeft in het kader van (grensoverschrijdende) omzetting opgemerkt dat bijvoorbeeld in de Engelse versie van artikel 54 VwEU niet de strikte term ‘incorporated’ wordt gebruikt, maar het veel ruimere begrip ‘formed’, waaronder naar zijn mening ook omzetting ook moet

⁷¹ Zie tevens: Van Eck en Roelofs 2009, p. 105 – 109.

⁷² Zie hierover tevens: Van Eck en Roelofs 2010-I, p. 5.

worden begrepen.⁷³ Naar mijn mening kan dit ook gelden voor grensoverschrijdende omzetting. Een grensoverschrijdend omgezette vennootschap, die *ab initio* is opgericht naar het recht van een niet-EU/EER-lidstaat en die is omgezet in een vennootschap beheerst door het recht van een EU/EER-lidstaat wordt beheerst door het recht van de inbound-(lid)staat en moet naar mijn mening ook worden geacht te zijn ‘opgericht’ – in de betekenis van het in de Engelse versie van artikel 54 VwEU gebruikte ‘formed’ – naar het recht van de inbound-lidstaat.

Grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen is, ondanks een in 2012 herhaald verzoek door het Europees Parlement aan de Europese Commissie⁷⁴ (thans nog) niet geharmoniseerd door middel van een Europese richtlijn, een Europese verordening of andersoortige regelgeving op unieniveau. Dat neemt echter niet weg dat bepaalde lidstaten van de EU wel een – al dan niet summiere – regeling kennen omtrent grensoverschrijdende omzetting. Van Luxemburg, Spanje, Portugal en Italië, Malta is bekend dat het recht van die lidstaten een grensoverschrijdende omzetting in ieder geval niet belemmert.

1.4.6.1 Het Cartesio-arrest

De vrijheid van vestiging als neergelegd in artikel 49 en 54 VwEU heeft een grote stempel gedrukt op het antwoord naar de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende omzettingen. Uit de verschillende arresten van het Hof van Justitie van de EG/EU is duidelijk geworden dat lidstaten zelf de voorwaarden kunnen en mogen vaststellen wat betreft de lokalisering van de statutaire en/of werkelijke zetel voor naar hun recht opgerichte vennootschappen. Lidstaten mogen zelf bepalen dat naar hun recht opgerichte (of beter gezegd: door hun recht beheerste) vennootschappen hun werkelijke zetel moeten hebben in die lidstaat en dat de eventuele verplaatsing van de werkelijke zetel naar een andere lidstaat leidt tot ontbinding van die vennootschap, omdat de vennootschap niet meer voldoet aan de eisen van het recht van de lidstaat waardoor de vennootschap wordt beheerst.⁷⁵ Dat geldt echter niet voor naar ander recht opgerichte vennootschappen (of beter gezegd: vennootschappen die door het recht van een andere lidstaat worden beheerst).⁷⁶

⁷³ Van Veen 2012-I, p. 233 – 237.

⁷⁴ Verslag met aanbevelingen aan de Commissie betreffende een 14^e richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels, 9.1.2012 (2011/2046(INI)) en European Parliament resolution of 2 February 2012 with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI)) en Roelofs 2012-I, p. 170–173.

⁷⁵ HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Daily Mail, Jurisprudentie 1988, p. 5483, HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, Cartesio, Jurisprudentie 2008, p. I-9641.

⁷⁶ HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, Überseering, Jurisprudentie p. I-9919.

In het Cartesio-arrest⁷⁷ stond de vraag centraal of een Hongaarse vennootschap haar hoofdbestuur, met behoud van status van vennootschap naar Hongaars recht, kon verplaatsen naar Italië.

De weigering een zetelverplaatsing vanuit Hongarije naar Italië met behoud van status van vennootschap naar Hongaars recht in te schrijven in het Hongaarse handelsregister achtte het Hof van Justitie van de EG niet in strijd met de vrijheid van vestiging, zoals neergelegd in artikel 43 en 48 VEG (huidig artikel 49 en 54 VwEU) (rechtsoverweging 110). Het Hof van Justitie van de EG ging echter verder en gaf een extra overweging, ook wel het ‘*obiter dictum*’ genoemd. In dat *obiter dictum* gaf het Hof van Justitie van de EG een extra overweging en ging daarbij in op het tegenovergestelde geval als waar de prejudiciële vragen over werden gesteld in het Cartesio-arrest, namelijk: de zetelverplaatsing met wijziging van het op de vennootschap toepasselijke recht, oftewel: grensoverschrijdende omzetting. Het Hof van Justitie van de EG overwoog in rechtsoverweging 111 tot en met 115 het volgende:

- r.o.111 *‘Een dergelijk geval van verplaatsing van de zetel van een volgens het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat zonder verandering van het recht waaronder zij valt, moet echter worden onderscheiden van het geval van de verplaatsing van een onder het recht van een lidstaat vallende vennootschap naar een andere lidstaat mét verandering van het toepasselijke nationale recht, waarbij de vennootschap wordt omgezet in een vennootschapsvorm die valt onder het nationale recht van de lidstaat waar zij naartoe is verplaatst.*
- r.o.112 *In dit laatste geval kan de in punt 110 van het onderhavige arrest genoemde bevoegdheid – namelijk: de bevoegdheid de aanknopng voor te schrijven voor een vennootschap opdat die geacht kan worden te zijn opgericht volgens het recht van een staat, alsmede de aanknopng die vereist is om die hoedanigheid nadien te handhaven, toevoeging ERR –, die beslist niet een immuniteit van de nationale wetgeving op het gebied van de oprichting en ontbinding van vennootschappen ten aanzien van de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging impliceert, er in het bijzonder geen rechtvaardiging voor vormen dat de lidstaat van oprichting, door de ontbinding en liquidatie van deze vennootschap te vereisen, haar belet zich om te zetten in een vennootschap naar nationaal recht van die andere lidstaat voor zover diens recht dit toestaat.*

77 HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, Cartesio, Jurisprudentie 2008, p. I-9641.

r.o. 113 Deze belemmering voor de feitelijke omzetting van een dergelijke vennootschap zonder voorafgaande ontbinding en liquidatie, in een vennootschap volgens het nationale recht van de lidstaat waar zij zich naartoe wenst te verplaatsen, zou wel een beperking van de vrijheid van vestiging van de betrokken vennootschap vormen, welke krachtens artikel 43 EG verboden is, tenzij zij wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang (...).

Hoewel het in de prejudiciële vragen van het Cartesio-arrest niet ging om de verplaatsing van de zetel van een vennootschap met wijziging van de *lex societatis*, welke een grensoverschrijdende omzetting inhoudt, wilde het Hof van Justitie van de EG kennelijk duidelijkheid scheppen over deze vorm van zetelverplaatsing waarbij het toepasselijke recht wijzigt. Met deze extra overweging heeft het Hof van Justitie van de EG uitdrukkelijk bepaald dat de outbound-lidstaat, waarvan het recht tot het moment van de grensoverschrijdende omzetting van toepassing is op de vennootschap, een zetelverplaatsing naar een andere lidstaat – de inbound-lidstaat – niet kan belemmeren, indien (i) met die zetelverplaatsing het toepasselijke recht op die vennootschap wijzigt en (ii) het recht van de lidstaat waarnaartoe de zetel wordt verplaatst – de inbound-lidstaat –, een dergelijke grensoverschrijdende omzetting toestaat. Belemmert de outbound-lidstaat zo'n grensoverschrijdende omzetting, bijvoorbeeld door ontbinding en liquidatie van die vennootschap te eisen, dan zijn de betreffende wettelijke bepalingen op basis waarvan ontbinding en liquidatie worden vereist in strijd met de vrijheid van vestiging en moeten deze buiten toepassing blijven. Met de extra overweging in het Cartesio-arrest heeft het Hof van Justitie van de EG de weg geopend voor outbound-grensoverschrijdende omzettingen, mits de omzetting plaatsvindt in een rechtsvorm onder het recht van een lidstaat die de inbound-grensoverschrijdende omzetting toestaat.

In het *obiter dictum* ging het Hof van Justitie van de EG niet in op de invloed van de vrijheid van vestiging op het antwoord van de vraag of lidstaten in strijd met de vrijheid van vestiging handelen indien een inbound-grensoverschrijdende omzetting niet wordt toegestaan. Naar de mening van verschillende schrijvers, zoals Van den Braak, Schutte-Veenstra en Hijink, kan de basis voor de inbound-grensoverschrijdende omzetting worden gevonden in het Sevic-arrest.⁷⁸ In het Sevic-arrest stond een grensoverschrijdende fusie tussen een door Duits recht beheerste vennootschap als verkrijgende vennootschap en een door Luxemburgs recht beheerste vennootschap als verdwijnende vennootschap centraal. In het Sevic-arrest kwam het Hof van Justitie van de EG tot de uitspraak dat de weigering een grensoverschrijdende fusie in te schrijven in een nationaal handelsregister – in het geval van Sevic: de inschrijving van de grensoverschrijdende fusie door het Duitse Amtsgericht – in strijd was met de vrijheid van vestiging, zoals destijds neergelegd in artikel 43 en 48

⁷⁸ HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03, SEVIC Systems, Jurisprudentie 2005, p. I-10805.

VEG. Overwogen werd dat grensoverschrijdende fusies, evenals *overige omzettingen* van vennootschappen, beantwoorden aan de behoeften aan samenwerking en reorganisatie van vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd en dat deze omzettingen bijzondere wijzen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging vormen.⁷⁹

Na het Sevic-arrest concludeerde Van den Braak als eerste dat de overwegingen in het Sevic-arrest ook de mogelijkheid openen voor grensoverschrijdende omzetting.⁸⁰ Zij baseert zich daarbij op overweging 19 van het Sevic-arrest en § 1 van het Duitse Umwandlungsgesetz, waarin naast Verschmelzung (fusie), ook Spaltung (splitsing), Vermögensübertragung (vermogensoverdracht) en Formwechsel (omzetting of rechtsvormwijziging) zijn opgenomen. Zij is van mening dat de overwegingen uit het Sevic-arrest, welke specifiek waren gericht op een grensoverschrijdende fusie en wel op het recht van de inbound-lidstaat, ook gelden voor het recht van de outbound-lidstaat.⁸¹ Op basis hiervan meent zij dat een buitenlandse vennootschap, mits deze gebruik kan maken van de vrijheid van vestiging op basis van artikel 54 VwEU, zich grensoverschrijdend kan omzetten in een Nederlandse vennootschap en dat een Nederlandse vennootschap zich grensoverschrijdend kan omzetten in een rechtsvorm beheerst door het recht van een andere lidstaat, mits de beide betrokken rechtsstelsels (die van de inbound-lidstaat en die van de outbound-lidstaat) een regeling kennen voor interne, nationale omzetting.

Schutte-Veenstra was aanvankelijk een andere mening toegedaan dan Van den Braak.⁸² Zij zag, als ik haar goed begrijp – althans in 2006, na het Sevic-arrest, maar voor het Cartesio-arrest – een grensoverschrijdende omzetting als louter een verplaatsing van de statutaire zetel. Zij baseerde zich hierbij op het Überseering-arrest.⁸³ Zij was toen van mening dat, op basis van het Überseering-arrest, de lidstaat van oprichting beperkingen mag stellen aan de verplaatsing van de (statutaire) zetel van naar het recht van die lidstaat opgerichte vennootschappen. Dat een lidstaat door zijn recht beheerste vennootschappen niet toestaat zich grensoverschrijdend om te zetten, maar ontbinding en liquidatie te eisen, is op basis hiervan volgens haar niet in strijd met de vrijheid van vestiging. Na het Cartesio-arrest heeft Schutte-Veenstra haar mening – om voor mij begrijpelijke redenen – gewijzigd. Op basis van het Cartesio-arrest kan de outbound-lidstaat immers een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap die door het recht van die lidstaat wordt beheerst, niet belemmeren. Uit het Cartesio-arrest blijkt dat overweging 70 van het Überseering-arrest niet van toepassing is bij een grensoverschrijdende omzetting waarbij de *lex societatis* wijzigt.

79 HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03, SEVIC Systems, Jurisprudentie 2005, p. I-10805, r.o. 19.

80 Van den Braak 2007, p. 689.

81 Van den Braak 2007, p. 690.

82 Schutte-Veenstra 2006-I, p. 119.

83 HvJ EG 5 november 2002, Überseering (Zaak C-208/00), Jurisprudentie p. I-9919, r.o. 70.

Schutte-Veenstra is van mening dat het Sevic-arrest aanknopingspunten biedt voor inbound-grensoverschrijdende omzettingen. Het Hof van Justitie van de EG stelde volgens haar in het Sevic-arrest grensoverschrijdende fusies op één lijn met ‘overige omzettingen van vennootschappen’. Een herstructureringsinstrument dat vennootschappen wordt geboden in een nationale context, moet ook kunnen worden gebruikt in een grensoverschrijdende situatie. Wanneer van dit instrument geen gebruik kan worden gemaakt door vennootschappen die door het recht van een andere lidstaat worden beheerst, is sprake van een ongelijke behandeling van vennootschappen. Op basis hiervan zou volgens Schutte-Veenstra het ontbreken van een regeling voor grensoverschrijdende omzetting bij het bestaan van de interne pendant, in beginsel een beperking van het vestigingsrecht vormen. Volgens Schutte-Veenstra pleit daarvoor tevens dat de mogelijkheid dat een vennootschap zich uit een lidstaat kan verplaatsen zinloos is zonder een mogelijkheid een lidstaat binnen te komen.⁸⁴

Storm signaleert dat het Hof van Justitie van de EG in het Cartesio-arrest (evenals in de arresten Daily Mail, Überseering en Inspire Art⁸⁵) een onderscheid maakt tussen beperkingen op de vrijheid van vestiging door de inbound-lidstaat en de outbound-lidstaat.⁸⁶ Hij is van mening dat dit onderscheid kunstmatig is en vergelijkt de vrijheid van vestiging met andere vrijheden, zoals het vrije verkeer van goederen, zoals opgenomen in de artikelen 28, 30 en 34, 35 VwEU), en de vrijheid van diensten (artikel 56 VwEU). Bij de toepassing van deze vrijheden wordt geen onderscheid gemaakt tussen ‘import’ en ‘export’. Dit onderscheid leidt volgens hem ook tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid, omdat niet duidelijk is op welke gronden een outbound-lidstaat een grensoverschrijdende omzetting mag belemmeren. Storm signaleert dat de inbound-lidstaat op basis van het Cartesio-arrest, hoewel één en ander is gebaseerd op een volgens hem onjuiste interpretatie van de vrijheid van vestiging, niet verplicht is grensoverschrijdende omzetting toe te staan of daarvoor een formele regeling te treffen.⁸⁷

Hijink is ook van mening dat het Sevic-arrest aanknopingspunten biedt voor grensoverschrijdende omzettingen.⁸⁸ Hij constateert dat het Hof van Justitie van de EG de grensoverschrijdende omzetting een doeltreffend middel acht tot ‘omzetting’ (in de brede betekenis van het woord), welke leidt tot minder complicaties en geringere tijdsinvestering en kosten in vergelijking met andere vormen van reorganisatie, zoals de ontbinding van een vennootschap met vereffening van het vermogen.⁸⁹ Hijink constateert ook dat, daar waar het Hof van Justitie van de EG memoreert aan een ongelijke behandeling tussen grensoverschrijdende fusies en

84 Schutte-Veenstra 2009, p. 110, 111.

85 HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01, Inspire Art, Jurisprudentie 2003, p. I-10155.

86 Storm 2009, p. 332.

87 Storm 2009, p. 331.

88 Hijink 2010, p. 375.

89 HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03, SEVIC Systems, Jurisprudentie 2005, p. I-10805, r.o. 21.

nationale fusies, welke in strijd is met de vrijheid van vestiging,⁹⁰ daar ook kan worden gelezen ‘grensoverschrijdende omzetting’. Wanneer het vennootschapsrecht van een lidstaat voorziet in een mogelijkheid dat door het recht van die lidstaat beheerste vennootschappen zich intern kunnen omzetten in een andere rechtsvorm, zonder ontbinding en liquidatie, dan moet die lidstaat ook grensoverschrijdende omzetting toestaan. De verplichting een grensoverschrijdende omzetting toe te staan, kan volgens Hijink rechtstreeks uit de vrijheid van vestiging voortvloeien.⁹¹ Dat is in ieder geval aan de orde indien de wetgeving van een lidstaat een regeling voor interne omzetting kent. Zelfs indien de inbound-lidstaat geen regeling kent omtrent grensoverschrijdende omzetting, is grensoverschrijdende omzetting naar zijn mening mogelijk met een rechtstreeks beroep op de vrijheid van vestiging.

De overwegingen in het Cartesio-arrest hebben de overwegingen in het Sevic-arrest niet in een ander daglicht geplaatst wat betreft de regel ten aanzien van non-discriminatie die uit het Sevic-arrest voortvloeit: het Hof van Justitie van de EG heeft deze overwegingen uit het Sevic-arrest noch teruggenomen, noch gepreciseerd. Wel kleuren de overwegingen uit het Sevic-arrest de overwegingen in het Cartesio-arrest in. Het (al dan niet) toestaan van een inbound-grensoverschrijdende omzetting (r.o. 112 van het Cartesio-arrest) moet volgens Hijink worden gelezen in de context van het Sevic-arrest.⁹² Van het ‘toestaan’ van een grensoverschrijdende omzetting is volgens hem reeds sprake indien het vennootschapsrecht van de inbound-lidstaat voorziet in een regeling omtrent nationale omzetting van de ene rechtsvorm in de andere. Die inbound-lidstaat zal dan moeten toestaan dat een vennootschap, welke wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat – de outbound-lidstaat –, wordt omgezet in een rechtsvorm onder het recht van de inbound-lidstaat, mits het recht van de inbound-lidstaat een procedure voor de interne omzetting kent van een rechtsvorm die vergelijkbaar is met de vennootschap die zich grensoverschrijdend wenst om te zetten. De vrijheid van vestiging kan immers geen – vanuit het perspectief van de inbound-lidstaat – nieuwe vormen van reorganisatie – in dit geval omzetting – creëren.

1.4.6.2 Het Vale-arrest

De extra overweging in het Cartesio-arrest gaat over de vraag naar de toelaatbaarheid van de ‘outbound’-grensoverschrijdende omzetting vanuit het perspectief van de outbound-lidstaat en niet over de toelaatbaarheid van de ‘inbound’-grensoverschrijdende omzetting vanuit het perspectief van de inbound-lidstaat. Uit het Cartesio-arrest volgt dat lidstaten de outbound-grensoverschrijdende omzetting op

90 HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03, SEVIC Systems, Jurisprudentie 2005, p. I-10805, r.o. 22, 21.

91 Hijink 2010, p. 377.

92 Hijink 2010, p. 378.

straffe van handelen in strijd met de vrijheid van vestiging als neergelegd in artikel 49 en 54 VwEU niet mogen belemmeren, mits de inbound-lidstaat grensoverschrijdende omzetting toestaat. De outbound-grensoverschrijdende omzetting valt derhalve zonder meer onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging. Zoals is gebleken in paragraaf 1.4.6.1. bestaan goede gronden aan te nemen dat ook de inbound-grensoverschrijdende omzetting onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt en dat een basis daarvoor gevonden kan worden in het Sevic-arrest. De argumentaties van de in paragraaf 1.4.6.1. geciteerde schrijvers kan ik onderschrijven. De vrijheid van vestiging heeft een ruime werking, niet alleen wat betreft de vennootschappen die binnen de reikwijdte van de vrijheid van vestiging vallen (artikel 54 VwEU), maar ook wat betreft de vormen van herstructurering die binnen de reikwijdte van de vrijheid van vestiging vallen. Niet alleen (grensoverschrijdende) fusie valt binnen de reikwijdte, maar ook (grensoverschrijdende) omzetting.

In 2010 is een aantal nieuwe prejudiciële vragen ter beantwoording bij het Hof van Justitie van de EU neergelegd in de zaak 'Vale', welke zaak overeenkomsten vertoont met het Cartesio-arrest.⁹³

In het Vale-arrest stond de verplaatsing van een vennootschap, welke werd beheerst door Italiaans recht, naar Hongarije, centraal. De zetel van de vennootschap werd verplaatst, haar inschrijving in het Italiaanse handelsregister werd doorgehaald, het toepasselijk recht op de vennootschap wijzigde en er was sprake van een 'oprichting' als nieuwe vennootschap naar Hongaars recht, welke vennootschap pretendeerde de rechtsopvolger onder algemene titel te zijn van de door Italiaans recht beheerste vennootschap. De vertegenwoordiger van Vale verzocht de Fővárosi Bíróság (rechtbank te Boedapest, Hongarije) de vennootschap in te schrijven. Het verzoek tot inschrijving werd echter afgewezen, welke afwijzing werd bevestigd door het Fővárosi Ítéltábla (regionale hof te Boedapest), omdat een in Italië opgerichte en ingeschreven vennootschap, gezien de in Hongarije geldende voorschriften voor vennootschappen, niet haar zetel naar Hongarije kan verplaatsen en zich in Hongarije in de gewenste rechtsvorm in het handelsregister kan laten inschrijven. Volgens de rechter is het op grond van de Hongaarse handelsregisterwet niet mogelijk om als rechtsvoorgangster een niet-Hongaarse vennootschap te doen inschrijven. In het Hongaarse handelsregister kunnen alleen de gegevens worden opgenomen die specifiek zijn opgesomd in de artikelen 24 tot en met 29 van de Hongaarse handelsregisterwet; er is geen mogelijkheid een rechtsvoorgangster in te schrijven.

Na de weigering de vennootschap in te schrijven in het handelsregister werd cassatieberoep ingesteld bij de Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága (hoogrechtshof van de Republiek Hongarije). Volgens die rechter kon de bestreden beschikking in strijd zijn met de vrijheid van vestiging, zoals destijds neergelegd in artikel 43 en 48 VEG (huidig artikel 49 en 54 VwEU), omdat de Hongaarse

⁹³ Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bíróság (Hongarije) op 28 juli 2010 – VALE Építési Kft. (Zaak C-378/10), Pb C 317 van 20.11.2010, p. 13.

regeling geen onderscheid maakt tussen (i) de internationale verplaatsing van de zetel van een vennootschap, die geen wijziging van de oorspronkelijke rechts-persoonlijkheid van de vennootschap inhoudt, noch een wijziging van het toepasselijke recht, en (ii) de internationale omzetting van een vennootschap, die een dergelijke wijziging wel impliceert. Naar aanleiding van dit onderscheid heeft het Magyar Köztárság Legfelsőbb Bírósága vragen gesteld over de verenigbaarheid van de Hongaarse wetgeving met regels van Europees recht.

De eerste vraag betrof of de inbound-lidstaat verplicht was tot inachtneming van de artikelen 43 EG en 48 EG wanneer een in de outbound-lidstaat opgerichte vennootschap (i) haar maatschappelijke zetel verplaatst naar de inbound-lidstaat en (ii) tegelijkertijd daartoe haar inschrijving in het handelsregister van de outbound-lidstaat laat doorhalen, (iii) de vennoten van de vennootschap een nieuwe oprichtingsakte opstellen in overeenstemming met het recht van de inbound-lidstaat en (iv) de vennootschap verzoekt om inschrijving in het handelsregister van de inbound-lidstaat in overeenstemming met het recht van die lidstaat.

De tweede vraag die gesteld werd aan het Hof van Justitie van de EU, was, of bij positieve beantwoording van de eerste vraag, de vrijheid van vestiging zo moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een regeling of praktijk van een (inbound-)lidstaat, die een in ongeacht welke andere (outbound-)lidstaat wettig opgerichte vennootschap belet om haar maatschappelijke zetel te verplaatsen naar de inbound-lidstaat en aldaar haar activiteiten voort te zetten in overeenstemming met het recht van laatstgenoemde lidstaat.

De derde gestelde vraag betrof de kwestie of het voor de beantwoording van de tweede vraag van belang was om welke reden de inbound-lidstaat de inschrijving van de vennootschap weigert, met name (i) de omstandigheid dat de vennootschap de in de inbound-lidstaat opgestelde oprichtingsakte als rechtsvoorgangster de in de outbound-lidstaat opgerichte vennootschap heeft doen vermelden en verzoekt om inschrijving van die vennootschap als haar rechtsvoorgangster in het handelsregister van de inbound-lidstaat en (ii) of de inbound-lidstaat bij een grensoverschrijdende omzetting binnen de lidstaten van de EU verplicht is om bij de beslissing op het verzoek tot inschrijving rekening te houden met de handeling waarmee de outbound-lidstaat de verplaatsing van de zetel in zijn handelsregister heeft ingeschreven en zo ja, in welke mate.

De vierde vraag, ten slotte, betrof de vraag of de inbound-lidstaat bij de beslissing op het verzoek om inschrijving in zijn handelsregister door een grensoverschrijdend omgezette vennootschap de vennootschapsrechtelijke bepalingen betreffende omzetting van vennootschappen op nationaal niveau mag toepassen en daarbij verlangen dat die vennootschap voldoet aan alle vereisten die zijn vennootschapsrecht voor nationale omzettingen stelt, zoals het opstellen van een balans en inventaris van de activa, of dat op grond van de vrijheid van vestiging een verplichting bestaat een onderscheid te maken tussen intracommunautaire internationale omzettingen en nationale omzettingen, en, zo ja, in welke mate.

Nadat op 15 december 2011 Advocaat-Generaal N. Jääskinen zijn conclusie in de zaak Vale uitbracht,⁹⁴ heeft het Hof van Justitie van de EU op 12 juli 2012 uitspraak gedaan.⁹⁵ Het Hof van Justitie van de EU heeft de prejudiciële vragen opnieuw geformuleerd en vervolgens beantwoord.

Ten aanzien van de eerste twee prejudiciële vragen stelde het Hof van Justitie van de EU vast dat de Hongaarse rechter wenste te vernemen of de vrijheid van vestiging zich verzet tegen een *nationale regeling* van een lidstaat welke ziet op *nationale omzetting*, maar niet *grensoverschrijdende omzetting* toestaat van een vennootschap – die ressorteert onder het recht van een andere lidstaat – in een vennootschap die ressorteert onder het recht van de inbound-lidstaat.⁹⁶ Het Hof van Justitie van de EU gebruikt in overweging 23 de woorden ‘door een dergelijke vennootschap op te richten’. Ik merk op dat het gebruik van de woorden ‘door een dergelijke vennootschap op te richten’ lijkt te impliceren dat bij een grensoverschrijdende omzetting een nieuwe vennootschap wordt opgericht, terwijl bij een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap in de meeste gevallen juist geen sprake is van een oprichting – althans niet een oprichting *ex nihilo* –, maar sprake is van continuïteit van de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap en slechts het toepasselijk recht op de vennootschap, de *lex societatis*, wijzigt. In overweging 26 lijkt het Hof van Justitie van de EU overigens in duidelijke bewoordingen afstand te nemen van de stelling van enkele lidstaten dat een grensoverschrijdende omzetting leidt tot de oprichting van een nieuwe vennootschap. Echter, in overweging 51 memoreert het Hof van Justitie van de EU dat ‘een grensoverschrijdende omzetting in de lidstaat van ontvangst leidt tot oprichting van een vennootschap naar het recht van een lidstaat’. De woorden van het Hof van Justitie van de EU in overweging 51 lijken tegenstrijdig met die in overweging 26.

Van Veen heeft – mijns inziens terecht – de vraag opgeworpen of het Hof van Justitie van de EU in overweging 51 specifiek refereerde aan de omzetting volgens het Hongaarse recht, waarbij sprake is van de oprichting van een nieuwe vennootschap. Dat laatste lijkt Van Veen echter niet aannemelijk, omdat het Hof van Justitie van de EU refereerde aan ‘een’ grensoverschrijdende omzetting.⁹⁷ Daarnaast blijkt uit overweging 55 dat het Hof van Justitie van de EU onder ‘omzettingen’ zowel verrichtingen verstaat waarbij sprake is van ‘strikte juridische en economische continuïteit tussen de rechtsvoorgangster die de omzetting heeft gevraagd en de omgezette rechtsopvolgster’ als verrichtingen waarbij die continuïteit ontbreekt. Volgens Van Veen moet het Europeesrechtelijke begrip ‘oprichting’ daarom ruim worden opgevat. Het Europeesrechtelijke begrip ‘oprichting’ omvat volgens hem

94 Conclusie van Advocaat-Generaal N. Jääskinen van 15 december 2011, Zaak C-378/10, VALE Építési Kft.

95 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60.

96 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 23.

97 Van Veen 2013-I, p. 514.

niet alleen de oprichting *ex nihilo*, maar ook alle verrichtingen die het Hof van Justitie van de EU aanmerkt als ‘omzetting’.⁹⁸

Bij de bepaling of een nationale regeling inzake omzetting van vennootschappen binnen de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt, memoreert het Hof van Justitie van de EU hetgeen het eerder heeft geoordeeld in het Sevic-arrest. In het Sevic-arrest oordeelde het Hof van Justitie van de EG dat ‘omzettingen van vennootschappen’ in beginsel behoren tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen.⁹⁹ In het verleden is al gepleit voor een ruime uitleg van het begrip ‘omzettingen’ (zie tevens paragraaf 1.4.6.1.). Interessant is dat Hongarije, Duitsland, Ierland en het Verenigd Koninkrijk voorafgaande aan het Vale-arrest hebben betoogd dat een regeling omtrent omzetting *niet* onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt, omdat een grensoverschrijdende omzetting, anders dan een grensoverschrijdende fusie (welke in het Sevic-arrest ter discussie stond), zou leiden tot ‘oprichting’ van een vennootschap in de inbound-lidstaat. Het Hof van Justitie van de EU onderschrijft deze visie echter niet.¹⁰⁰

Het Hof van Justitie van de EU verduidelijkt in overweging 32 van het Vale-arrest overweging 112 van het Cartesio-arrest. De woorden ‘voor zover diens recht dit – namelijk: grensoverschrijdende omzetting – toestaat’, die het Hof van Justitie van de EG gebruikte in het kader van een grensoverschrijdende omzetting in overweging 112, mogen volgens het Hof van Justitie van de EU niet zo worden uitgelegd dat de wettelijke regeling omtrent omzetting van de inbound-lidstaat buiten de werking van de vrijheid van vestiging valt. Met andere woorden: ook wat betreft het ‘inreizen’ van vennootschappen door middel van een grensoverschrijdende omzetting geldt de vrijheid van vestiging onverkort. Het Hof van Justitie van de EU heeft de woorden ‘voor zover diens recht dit toestaat’ in het Cartesio-arrest slechts opgenomen om aan te geven dat een vennootschap na een grensoverschrijdende omzetting slechts bestaat krachtens de toepasselijke nationale wetgeving van de inbound-lidstaat.¹⁰¹ Dat betekent dat ook de locatie van de statutaire zetel en de werkelijke zetel na de grensoverschrijdende omzetting moet voldoen aan de eisen van het recht van de inbound-lidstaat. Een verplaatsing van louter de statutaire zetel naar een lidstaat die de leer van de werkelijke zetel hanteert, zoals Luxemburg, kan geen grensoverschrijdende omzetting inhouden in een rechtsvorm beheerst door Luxemburgs recht. Voor een perfecte grensoverschrijdende omzetting in een door

98 Zie voor een uitgebreide analyse: Van Veen 2013-I, p. 515, 516.

99 HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03, SEVIC Systems, Jurisprudentie 2005, p. I-10805, r.o. 19, HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 24.

100 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 25, 26.

101 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 32.

Luxemburgs recht beheerste vennootschap zal, wegens de in Luxemburg gehanteerde leer van de werkelijke zetel, tevens de werkelijke zetel naar Luxemburg moeten worden verplaatst.

De vrijheid van vestiging geldt ten aanzien van een nationale regeling die ziet op omzetting van vennootschappen. Indien krachtens een regeling van een lidstaat omzetting van vennootschappen mogelijk is, dan kan die regeling niet worden voorbehouden voor interne situaties, maar geldt die ook voor grensoverschrijdende situaties. Met deze overwegingen zet het Hof van Justitie van de EU de deur open naar een inbound-grensoverschrijdende omzetting. Een nationale regeling die alleen kan worden toegepast bij omzetting in interne, nationale situaties, schept een verschil in behandeling tussen vennootschappen bij interne, nationale omzettingen enerzijds en grensoverschrijdende omzettingen anderzijds. Die verschillende behandeling kan een vennootschap in een andere lidstaat ervan weerhouden de vrijheid van vestiging uit te oefenen.¹⁰²

Het ontbreken van regels van afgeleid unierecht, zoals implementatiewetgevingen van de lidstaten van de nog niet ingediende – maar wellicht toekomstige – richtlijn betreffende grensoverschrijdende zetelverplaatsing/grensoverschrijdende omzetting, is geen rechtvaardiging voor een verschil in behandeling tussen nationale en grensoverschrijdende omzettingen, ook al kan het ontbreken van die regelingen tot verschillende problemen leiden bij de uitvoering van een grensoverschrijdende omzetting. Het bestaan van regels van (geharmoniseerd) unierecht is geen voorwaarde voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging. Het Hof van Justitie van de EG heeft hetzelfde overwogen in het *Sevic*-arrest¹⁰³ en ook op basis van het *Cartesio*-arrest werd in de literatuur aangenomen dat outbound-grensoverschrijdende omzetting mogelijk was, ook al voorzag het recht van de outbound-lidstaat niet in een specifiek daarvoor ontworpen regeling.¹⁰⁴

Het Hof van Justitie van de EU laat bij grensoverschrijdende omzetting wel ruimte voor de ‘klassieke’ beperkingen op de vrijheid van vestiging, zoals wanneer sprake is van dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders, werknemers en de waarborging van de doeltreffendheid van fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties. In de *Vale*-zaak was van een gerechtvaardigde beperking op de vrijheid van vestiging op deze gronden geen sprake, aangezien krachtens het Hongaarse recht inschrijving van een grensoverschrijdend om te zetten vennootschap in het algemeen geweigerd werd, zelfs wanneer de belangen van de hiervoor genoemde belanghebbenden niet werden bedreigd.

Bij de beantwoording van de derde en de vierde vraag merkt het Hof van Justitie van de EU op dat, nu er nog geen regels zijn omtrent grensoverschrijdende

102 HvJ EU 12 juli 2012, *Vale Építési kft.*, verzoek om een prejudiciële beslissing: *Legfelsöbb Bíróság* – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 36.

103 HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03, *SEVIC Systems*, Jurisprudentie 2005, I-10805, r.o. 26.

104 Van Veen 2010-I, p. 329 – 332 en Van Veen 2010-II, p. 352 – 355.

omzetting op het niveau van de Europese Unie – zoals een richtlijn betreffende grensoverschrijdende zetelverplaatsing/ grensoverschrijdende omzetting –, de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting slechts kunnen worden gevonden in het nationale recht van de outbound-lidstaat en het nationale recht van de inbound-lidstaat¹⁰⁵ en dat bij een grensoverschrijdende omzetting sprake is van een opeenvolgende toepassing van twee nationale rechtsstelsels.¹⁰⁶ De regels van nationaal recht zullen ook bij een grensoverschrijdende omzetting moeten worden toegepast, maar die toepassing zal bij een grensoverschrijdende omzetting wel de toets van de vrijheid van vestiging moeten doorstaan en voor zover die regels in strijd zijn met de vrijheid van vestiging buiten toepassing moeten blijven.¹⁰⁷ Een grensoverschrijdende omzetting mag voor het overige niet anders worden behandeld dan een nationale omzetting. Inzake de inschrijving van Vale Építési kon het Hongaarse handelsregister eisen dat een balans van de vennootschap werd opgemaakt, alsmede een inventaris van de activa, nu dit ook voor nationale omzettingen werd voorgeschreven. De weigering Vale Costruzioni Srl als rechtsvoorgangster van Vale Építési Kft in te schrijven, terwijl het naar Hongaars recht wel mogelijk is een Hongaarse vennootschap als rechtsvoorgangster in te schrijven, kan de toets van de vrijheid van vestiging niet doorstaan.¹⁰⁸ Het Hof van Justitie van de EU memoreert ook nog eens dat

als de wettelijke regeling van een lidstaat juridische en economische continuïteit voorschrijft tussen de rechtsvoorgangster en rechtsopvolger, dit vereiste ook geldt bij een grensoverschrijdende omzetting.

Wat betreft het tweede gedeelte van de derde prejudiciële vraag – namelijk: in hoeverre de inbound-lidstaat rekening moet houden met documenten afkomstig van autoriteiten van de outbound-lidstaat – oordeelt het Hof van Justitie van de EU dat de inschrijvingsprocedure wordt beheerst door het recht van de inbound-lidstaat. Het recht van de inbound-lidstaat bepaalt tevens welke gegevens afkomstig van autoriteiten uit de outbound-lidstaat de vennootschap in de inbound-lidstaat moet overleggen.¹⁰⁹ Niettemin kan een *algemene weigering* van de

inbound-lidstaat tijdens de inschrijvingsprocedure rekening houden met de van de autoriteiten van de outbound-lidstaat afkomstige documenten het de vennootschap waarvan grensoverschrijdende omzetting gewenst is onmogelijk maken aan te

105 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 43.

106 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 37, 44.

107 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 45.

108 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 56, 57.

109 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 59.

tonen dat zij zich werkelijk heeft aangepast aan de voorwaarden van de outbound-lidstaat en aldus de uitvoering van de door haar begonnen grensoverschrijdende omzetting in gevaar brengen. Het Hof van Justitie van de EU heeft daarom beslist dat, ook al bepaalt het recht van de inbound-lidstaat welke gegevens uit de outbound-lidstaat moeten worden overgelegd, de inbound-lidstaat ten minste rekening moet houden met de documenten afkomstig uit de outbound-lidstaat.¹¹⁰

Het Vale-arrest heeft vergaande gevolgen voor de Nederlandse rechtspraak. Uit het Vale-arrest blijkt duidelijk dat ook inbound-grensoverschrijdende omzetting onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt. De vrijheid van vestiging werkt dus twee kanten op: zowel voor het 'uitreizen' als voor het 'inreizen' van vennootschappen. Hierdoor is de mobiliteit van vennootschappen binnen de EU vergroot.

Door de werking van de vrijheid van vestiging, zoals uitgelegd in het Vale-arrest, kunnen lidstaten, indien hun wetgevingen voorzien in een regeling tot omzetting, die regeling niet voorbehouden aan vennootschappen die worden beheerd door het recht van die eigen lidstaat. De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende omzetting wordt positief beantwoord en kan slechts negatief beantwoord worden indien sprake is van één van de 'klassieke' beperkingen op de vrijheid van vestiging. Het gevolg van de overwegingen in het Vale-arrest is dat autoriteiten in de lidstaten, zoals het handelsregister, een notaris of rechter, medewerking zullen moeten verlenen aan een grensoverschrijdende omzetting. Wordt die medewerking geweigerd, dan houdt dat een afwijkende behandeling in van grensoverschrijdende omzetting ten opzichte van nationale omzetting, welke andere behandeling in strijd is met de vrijheid van vestiging. Of bij een inbound-grensoverschrijdende omzetting vanuit Nederlands perspectief ruimte is voor één van de 'klassieke' beperkingen op de vrijheid van vestiging, valt naar mijn mening te betwijfelen. De bescherming van belangen van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers en de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties wordt voornamelijk, zo niet uitsluitend beheerd door het recht van de outbound-lidstaat. Dat principe geldt ook bij grensoverschrijdende fusie, waar de bescherming van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers vanuit Nederlands perspectief slechts geldt bij outbound-grensoverschrijdende fusies en is geregeld in de artikelen 2:316 BW, 2:333h BW en artikel 2:333k BW.

Nu de toelaatbaarheidsvraag naar grensoverschrijdende omzetting positief wordt beantwoord en autoriteiten in de lidstaten medewerking zullen moeten verlenen aan een grensoverschrijdende omzetting, komt de vraag op door welk recht de procedure tot grensoverschrijdende omzetting wordt beheerd. Het Hof van Justitie van de EU heeft overwogen dat de uitvoering van de grensoverschrijdende omzetting afhangt van het nationale recht van de lidstaten, welke rechtsstelsels in ieder geval geen afbreuk kunnen doen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 49 en

110 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsöbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 61.

54 VwEU¹¹¹ en dat na de grensoverschrijdende omzetting de vennootschap wordt beheerst door het recht van de inbound-lidstaat.¹¹² De grensoverschrijdend omgezette vennootschap zal na de grensoverschrijdende omzetting moeten voldoen aan alle vereisten van het recht van de inbound-lidstaat, zoals de vereisten ten aanzien van het minimumkapitaal en de locatie van de statutaire zetel en het hoofdbestuur. Het Hof van Justitie van de EU gaat uit van een opeenvolgende toepassing van de rechtsstelsels op de grensoverschrijdend omgezette vennootschap.

Wat betreft de procedure tot grensoverschrijdende omzetting¹¹³ heeft het Hof van Justitie van de EU in overweging 43 opgemerkt dat de bepalingen op grond waarvan een grensoverschrijdende omzetting mogelijk is zich bevinden in het recht van de outbound-lidstaat en in het recht van de inbound-lidstaat. Derhalve moet naar mijn mening vooropgesteld worden dat zowel naar het recht van de outbound-lidstaat als naar het recht van de inbound-lidstaat nationale omzetting mogelijk moet zijn. Dit is af te leiden uit overweging 43 waarin het Hof van Justitie van de EU expliciet memoreert dat ‘de bepalingen op grond waarvan een dergelijke verrichting (omzetting, toevoeging ERR) mogelijk is zich slechts in het nationale recht kunnen bevinden, namelijk in het nationale recht van de staat van oorsprong, waaronder de vennootschap waarvan de omzetting wordt gevraagd valt, en in het nationale recht van de lidstaat van ontvangst, waaronder de uit deze omzetting ontstane vennootschap zal vallen.’¹¹⁴ De grensoverschrijdende omzetting houdt in dat geval een wijziging in van het op de vennootschap toepasselijke recht. Indien de wetgeving van een lidstaat bij omzetting een juridische en economische continuïteit

111 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsóbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 49, 50.

112 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsóbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 51.

113 Zie ten aanzien van de procedure tot grensoverschrijdende omzetting uitgebreid: Van Veen 2010-I, p. 331 – 332 en Van Veen 2010-2, p. 352 – 355 (zij het voordat het Vale-arrest werd gewezen) en Van Veen 2013-I, par. 5.2. en in dezelfde zin: Van Veen 2013-II, p. 31 – 38.

114 Anders: Van Veen 2013-I, par. 5.1. Van Veen is van mening dat overweging 43 door het Hof van Justitie van de EU is geplaatst in de context van de eerdere overwegingen uit het Vale-arrest betreffende het ontbreken van Unierechtelijke uitvoeringsregelingen betreffende grensoverschrijdende omzetting en in het bijzonder dat het ontbreken van een regeling op het niveau van de EU niet in de weg kan staan aan het oordeel dat een grensoverschrijdende omzetting in beginsel moet worden toegestaan. Van Veen is van mening dat de overweging van het Hof van Justitie van de EU dat de regels betreffende de uitvoering van een grensoverschrijdende omzetting om die reden moeten worden gevonden in het recht van de betrokken lidstaten, hierop aansluit. Hiermee is volgens hem echter nog niet vanzelfsprekend dat het bestaan van een nationale omzettingsregeling in de outbound-lidstaat een voorwaarde is voor een grensoverschrijdende omzetting. Volgens Van Veen zou zich dat ook niet goed verhouden tot het Cartesio-arrest, omdat het ontbreken van een regeling omtrent nationale omzetting zonder meer de grensoverschrijdende omzetting in de weg zou staan. Dat zou volgens Van Veen in strijd zijn met overweging 113 van het Cartesio-arrest. Ik zie dat echter anders. In overweging 43 van het Vale-arrest geeft het Hof van Justitie van de EU duidelijk aan dat de bepalingen op grond waarvan een dergelijke verrichting mogelijk is zich slechts in het nationale recht kunnen bevinden, namelijk in het nationale recht van de outbound-lidstaat en in het nationale→

vereist, zoals in het Nederlandse recht het behoud van rechtspersoonlijkheid – zoals opgenomen in artikel 2:18 lid 8 BW –, zal dat vereiste ook gelden bij een inbound-grensoverschrijdende omzetting in een Nederlandse rechtsvorm.

De vraag is wat de rol is van de autoriteiten in Nederland bij een inbound-grensoverschrijdende omzetting, namelijk de notaris en het handelsregister. Uit het Vale-arrest blijkt dat de autoriteiten in ieder geval rekening moeten houden met documenten afkomstig van autoriteiten uit de outbound-lidstaat. Hierbij kan gedacht worden aan een attest van een notaris of rechter waaruit blijkt dat voorafgaande aan de grensoverschrijdende omzetting in de outbound-lidstaat voldaan is aan alle formaliteiten. Daarnaast zal het handelsregister bij een grensoverschrijdende omzetting niet kunnen weigeren de rechtsvoorgangster van de omgezette vennootschap in te schrijven.

Een andere vraag is welke taken de autoriteiten in Nederland nog moeten verrichten om de grensoverschrijdende omzetting perfect te laten zijn. Zoals het Hof van Justitie van de EU heeft opgemerkt, wordt de procedure tot grensoverschrijdende omzetting beheerst door zowel het recht van de outbound-lidstaat als het recht van de inbound-lidstaat. Naar mijn mening heeft dit tot gevolg dat tot het moment van het van kracht worden van de grensoverschrijdende omzetting de procedure tot grensoverschrijdende omzetting grotendeels wordt beheerst door het recht van de outbound-lidstaat. Tot dat moment wordt de vennootschap immers beheerst door het recht van deze staat. Onder dit gedeelte van de procedure kunnen bijvoorbeeld de besluitvorming tot grensoverschrijdende omzetting en verklaringen van de autoriteit in de outbound-lidstaat geschaard worden. De notariële akte van omzetting als bedoeld in artikel 2:18 lid 2 sub c BW, welke akte tevens de nieuwe statuten van de vennootschap bevat zoals die zullen luiden na het van kracht worden van de grensoverschrijdende omzetting, zou bij een – vanuit Nederlands perspectief – inbound-grensoverschrijdende omzetting moeten worden verleden ten overstaan van een Nederlandse notaris. Dat vereiste geldt voor nationale omzetting en geldt op basis van rechtsoverweging 52 van het Vale-arrest ook voor grensoverschrijdende omzetting. Bovendien kan een door Nederlands recht beheerste rechtspersoon immers niet ontstaan en bestaan indien een door een notaris ondertekende akte ontbreekt (artikel 2:4 lid 1 BW). Wanneer de vennootschap zich omzet in een naamloze vennootschap, zal tevens aan de akte van omzetting een verklaring van een accountant moeten worden gehecht waaruit blijkt dat het eigen vermogen van de vennootschap op een dag binnen vijf maanden voor de omzetting ten minste overeenkwam met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal (artikel 2:72 lid 1 BW). De inbound-grensoverschrijdende omzetting wordt vervolgens van kracht per het moment van het verlijden van de akte van omzetting. De omgezette

recht van de inbound-lidstaat. Met name de woorden ‘op grond waarvan een dergelijke verrichting mogelijk is’ nopen mijns inziens tot de conclusie dat zowel naar het recht van de outbound-lidstaat als naar het recht van de inbound-lidstaat nationale omzetting mogelijk moet zijn voor de effectuering van een grensoverschrijdende omzetting.

rechtspersoon kan opgave doen van de grensoverschrijdende omzetting ter inschrijving in het handelsregister (artikel 2:18 lid 7 BW).

1.4.6.3 Initiatieven tot wetgeving betreffende grensoverschrijdende omzetting

Tot op heden bestaat geen harmoniserende wetgeving omtrent grensoverschrijdende omzetting. Niettemin worden, zowel op Europees vlak als op nationaal terrein in Nederland, pogingen gedaan wetgeving op te stellen omtrent grensoverschrijdende omzetting.

1.4.6.3a Initiatieven tot wetgeving betreffende grensoverschrijdende omzetting op Europees niveau

In de loop der jaren zijn verschillende pogingen gedaan een richtlijn betreffende grensoverschrijdende zetelverplaatsing van vennootschappen op te stellen. In 1997 heeft de Europese Commissie een concept gemaakt voor een voorstel voor een Veertiende richtlijn betreffende de verplaatsing van de zetel van een vennootschap met wisseling van het op die vennootschap toepasselijke recht. Dit concept is echter nooit officieel gepubliceerd.¹¹⁵ In 2007 bereidde de Commissie een nieuw voorstel voor een Veertiende richtlijn voor. Ook dat concept is nooit gepubliceerd, omdat ten tijde van het opstellen van dat concept duidelijk werd dat het Hof van Justitie van de EG binnen afzienbare tijd uitspraak zou doen in de *Cartesio*-zaak, welke nieuwe inzichten zou kunnen bevatten over grensoverschrijdende zetelverplaatsing.¹¹⁶

Of het *Cartesio*-arrest daadwerkelijk heeft geleid tot nieuwe inzichten ten opzichte van het concept van het voorstel voor een veertiende richtlijn dat de Commissie in 2007 voorbereidde, is onbekend, omdat dat concept niet is gepubliceerd.

Het *Cartesio*-arrest heeft vele pennen in beweging gebracht, zowel in Nederland als daarbuiten. Daarnaast blijkt dat in de praktijk¹¹⁷ op basis van de overwegingen in het *Cartesio*-arrest een aantal grensoverschrijdende zetelverplaatsingen met wijzigingen van het toepasselijke recht is uitgevoerd, met name van Nederland naar Luxemburg, omdat het Luxemburgse recht zich niet verzet tegen een grensoverschrijdende omzetting.¹¹⁸ Bij deze grensoverschrijdende omzettingen kwam dan wel telkens het gemis van een wettelijke regeling naar voren.

115 Dit nooit officieel gepubliceerde concept heeft als nummer: XV/D2/6002/97-EN REV.2.

116 SPEECH/07/441 of 28 June 2007 (Company law and corporate governance today. 5th European Corporate Governance and Company Law Conference, Berlin), Schutte-Veenstra 2008-II, p. 120 – 123, Vossestein 2008, p. 57, 62 en Roelofs 2008, p. 159 – 162.

117 Uit navraag bij de Kamer van Koophandel blijkt dat op basis van het *Cartesio*-arrest grensoverschrijdende zetelverplaatsingen met wijziging van het toepasselijke recht zijn uitgevoerd.

118 Zie article 67-1 lid 1 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (Luxembourg).

Na het Cartesio-arrest, op 10 maart 2009, heeft het Europees Parlement een Resolutie aangenomen met aanbevelingen aan de Commissie betreffende grensoverschrijdende overplaatsingen van zetels van vennootschappen.¹¹⁹ Daarna is het echter stil gebleven rondom initiatieven tot wetgeving omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsing, tot 2 februari 2012. Op die datum heeft het Europees Parlement op grond van artikel 225 VwEU een Resolutie aangenomen waarin de Europese Commissie wordt verzocht een voorstel in te dienen voor een richtlijn betreffende ‘grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels’ (hierna aan te duiden als: ‘de Resolutie’). De term ‘overdracht’ lijkt hier wat vreemd gekozen, maar uit de Resolutie blijkt dat het gaat om zetelverplaatsing met wijziging van de *lex societatis*.

1.4.6.3b Procedure op grond van 225 VwEU

De overwegingen in het Cartesio-arrest bieden weliswaar zekerheid over de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting, (conflict)regels voor grensoverschrijdende omzetting bevat het arrest niet. Bovendien kunnen de wetgevingen van de lidstaten op het terrein van grensoverschrijdende zetelverplaatsing verschillen, als hun wetgevingen al bepalingen bevatten over grensoverschrijdende zetelverplaatsing met wijziging van de *lex societatis*. Harmonisatie heeft immers plaatsgevonden. Het bestaan van verschillen heeft aangetoond dat behoefte bestaat aan geharmoniseerde regelgeving omtrent zetelverplaatsing met wijziging van de *lex societatis*. Om die reden heeft het Europees Parlement de Commissie verzocht, op basis van artikel 50, lid 1, en lid 2, onder g) VwEU, een voorstel voor een richtlijn betreffende de ‘grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels’ in te dienen.¹²⁰ Het Europees Parlement heeft de mogelijkheid hiertoe op basis van artikel 225 VwEU. Krachtens dat artikel kan het Europees Parlement met meerderheid van stemmen de Commissie verzoeken passende voorstellen in te dienen inzake aangelegenheden die naar het oordeel van het Europees Parlement besluiten van de Unie voor de tenuitvoerlegging van de Verdragen vergen.¹²¹ Het ontwerp voor het verzoek dateert van 27 september 2011,¹²² het definitieve verslag van 9 januari 2012.¹²³ Op 2 februari is gestemd over de Resolutie en met algemene

119 Grensoverschrijdende overplaatsingen van zetels van vennootschappen, Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2009 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende grensoverschrijdende overplaatsingen van zetels van vennootschappen (2008/2196(INI)), Pb C 87 E 1 april 2010, p. 5.

120 Ik merk op dat de term ‘overdracht’ in ‘grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels’ enigszins verwarrend werkt. Bedoeld is: de grensoverschrijdende verplaatsing van vennootschapszetels van de ene lidstaat naar de andere lidstaat.

121 Zie hierover nader: Lenaerts en Van Nuffel 2008, p. 369.

122 Draft report with recommendations to the Commission on a 14th Company law directive on the cross-border transfer of company seats, Committee on Legal Affairs, 27.9.2011, 2011/2046(INI).

123 Verslag met aanbevelingen aan de Commissie betreffende een 14^e richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels, 9.1.2012 (2011/2046(INI)).

stemmen aangenomen.¹²⁴ De Commissie kan naar aanleiding van deze Resolutie een voorstel voor een richtlijn indienen, maar is daartoe niet verplicht. Zij moet dan echter wel de redenen voor het niet indienen van een voorstel meedelen aan het Europees Parlement (artikel 225 VwEU).¹²⁵

1.4.6.3c Aanwijzingen voor de Commissie

In de bijlage bij de Resolutie doet het Europees Parlement een aantal gedetailleerde aanbevelingen betreffende de inhoud van de verlangde richtlijn. Deze betreffen het toepassingsgebied van de richtlijn, de effecten van de zetelverplaatsing, de continuïteit van rechtspersoonlijkheid, de fiscale neutraliteit bij zetelverplaatsing, ipr-conflicten bij zetelverplaatsing, de procedure tot zetelverplaatsing, de besluitvorming tot zetelverplaatsing, de wettelijkheid van de zetelverplaatsing, beschermende maatregelen bij zetelverplaatsing, werknemersrechten en het moment van het van kracht worden van de zetelverplaatsing.

Toepassingsgebied richtlijn

De richtlijn moet volgens het Parlement van toepassing zijn op vennootschappen als bedoeld in artikel 2 lid 1 Tiende richtlijn.¹²⁶ Artikel 2 lid 1 Tiende richtlijn verwijst naar artikel 1 Eerste richtlijn.¹²⁷ In dat artikellid zijn voor elke lidstaat de rechtsvormen opgesomd welke onder de reikwijdte van de Eerste richtlijn vallen. In het algemeen is de Eerste richtlijn van toepassing op vennootschappen met een naamloos en een besloten karakter. Daarnaast is de Tiende richtlijn ook van toepassing op vennootschappen met rechtspersoonlijkheid en een afgescheiden vermogen, welke zich krachtens de *lex societatis* moeten houden aan de bepalingen van de Eerste richtlijn (artikel 2 lid 1 sub b Tiende richtlijn).

Hoewel de vrijheid van vestiging, zoals blijkt uit artikel 54 VwEU, een ruimere reikwijdte heeft dan de Tiende richtlijn, is de beperking van het toepassingsgebied

124 European Parliament resolution of 2 February 2012 with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI)).

125 Op het moment van sluiting van het manuscript was nog geen nadere actie op legislatief terrein naar aanleiding van de Resolutie van het Europees Parlement genomen.

126 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, Pb L 310 van 25.11.2005, p. 1 – 9.

127 Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Pb L 65 van 14.1.1968, p. 8 – 12.

van de gewenste richtlijn – althans, op dit moment – verdedigbaar. Andere richtlijnen, zoals de Eerste, Tweede,¹²⁸ Derde,¹²⁹ Zesde¹³⁰ en Tiende richtlijn zien ook – althans op dit moment – alleen op kapitaalvennootschappen. Vanwege de harmonisatie door middel van deze richtlijnen en hun toepassingsgebied, zou gezegd kunnen worden dat de daarin opgenomen rechtsvormen gelijkwaardig of gelijkwaardig zijn. Een Nederlandse besloten vennootschap kan bijvoorbeeld gelijk gesteld worden met een Duitse Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Bij een zetelverplaatsing van een Nederlandse besloten vennootschap naar Duitsland met wijziging van de *lex societatis*, ligt het voor de hand dat de Nederlandse besloten vennootschap na de omzetting een GmbH zal zijn. De Resolutie bevat echter geen aanwijzingen over welke rechtsvorm de rechtspersoon kan of moet aannemen onder het recht van de inbound-lidstaat in het kader van een grensoverschrijdende omzetting. Is bijvoorbeeld een omzetting van een Nederlandse besloten vennootschap in een Duitse Aktiengesellschaft (AG) mogelijk? De grensoverschrijdende omzetting van een rechtsvorm met een besloten karakter in een rechtsvorm met een naamloze karakter en vice versa kan tot problemen leiden, bijvoorbeeld wat betreft de positie van de houders van verschillende soorten aandelen (aandelen op naam en aandelen aan toonder, het bestaan van winst- of stemrechtloze aandelen).

Effecten zetelverplaatsing: Continuïteit rechtspersoonlijkheid

De richtlijn moet de vennootschappen de mogelijkheid bieden hun vestigingsrecht uit te oefenen door naar een lidstaat van ontvangst te migreren. Kennelijk ziet het Parlement de verplaatsing van de zetel als een wijze van uitoefening van de vrijheid van vestiging door de vennootschap zelf en niet als een uitoefening van de vrijheid van vestiging door de meerderheidsaandeelhouder van de vennootschap of als een uitoefening van de vrijheid van kapitaalverkeer door de minderheidsaandeelhouder (s) van de vennootschap.

De zetelverplaatsing moet zonder verlies van rechtspersoonlijkheid plaatsvinden en een omzetting inhouden in een vennootschap waarop de wetgeving van de inbound-lidstaat van toepassing is. De continuïteit van rechtspersoonlijkheid bij de

128 Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Pb L 026 van 31.01.1977, p. 1 – 13.

129 Derde Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen, Pb L 295 van 20.10.1978, p. 36 – 43, thans: Richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen, Pb L 110 van 29.4.2011, p. 1 – 11.

130 Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen, Pb L 378 van 31.12.1982, p. 47 – 54.

omzetting moet gewaarborgd zijn, maar mag er niet toe leiden dat wettelijke, sociale en fiscale bepalingen worden omzeild.¹³¹

Effecten zetelverplaatsing: Fiscale neutraliteit

De grensoverschrijdende omzetting moet volgens het Parlement belastingneutraal zijn. Hiervoor verwijst het Parlement naar de bepalingen van Richtlijn 1990/434/EEG.¹³² Deze richtlijn ziet op een gemeenschappelijke fiscale regeling voor onder andere fusies, splitsingen en de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat. Krachtens artikel 10 ter Richtlijn 1990/434/EEG leidt de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of SCE of de wijziging van de fiscale woonplaats dientengevolge niet tot enigerlei belastingheffing over de vermogenswinst in de outbound-lidstaat, mits deze voortvloeit uit activa en passiva die feitelijk verbonden blijven met een vaste inrichting van de SE of de SCE in de outbound-lidstaat.¹³³

Effecten zetelverplaatsing: IPR-conflicten

Het toepassingsgebied van de richtlijn moet volgens het parlement een passende oplossing bieden voor de kwestie van de scheiding van de zetel (waarschijnlijk is hier bedoeld: werkelijke zetel, het hoofdbestuur) en de administratieve zetel (statutaire zetel) van de vennootschap en daaruit voortvloeiende ipr-conflicten. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG is gebleken dat lidstaten zelf de vrijheid hebben de leer van de werkelijke zetel te hanteren, dan wel de incorporatieleer voor naar hun recht opgerichte vennootschappen.¹³⁴ De grensoverschrijdende omzetting in een rechtsvorm van het recht van een lidstaat welke de leer van de werkelijke zetel hanteert, houdt derhalve tevens de verplaatsing van de werkelijke zetel – het hoofdbestuur – in, omdat de nieuwe rechtsvorm anders niet voldoet aan de eisen van het recht van die lidstaat. Gebeurt het omgekeerde, een grensoverschrijdende omzetting in een rechtsvorm van het recht van een lidstaat welke de incorporatieleer hanteert, dan is een verplaatsing van de werkelijke zetel vanuit

131 Zie recommendation 1 en recommendation 2 European Parliament resolution of 2 February 2012 with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI)).

132 Richtlijn 1990/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lidstaten, Pb L 225 van 20.8.1990, p. 1 – 5.

133 Zie nader over fiscale aspecten van grensoverschrijdende zetelverplaatsing: Van de Streek 2008, p. 330 – 338.

134 HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Daily Mail, Jurisprudentie 1988, p. 5483, HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97, Centros, Jurisprudentie 1999, I-1459, HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, Überseering, Jurisprudentie 2002, I-9919, HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01, Inspire Art, Jurisprudentie 2003, I-10155, HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03, SEVIC Systems, Jurisprudentie 2005, I-10805, HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, Jurisprudentie 2006, I-7995 en HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, Cartesio, Jurisprudentie 2008, I-9641 en Vlas 2009-I, p. 377, 378.

outbound-lidstaat niet noodzakelijk. In de aanbevelingen aan de Commissie is niet duidelijk gemaakt dat de vennootschap zich geheel losmaakt van het recht van de outbound-lidstaat en zich geheel onderwerpt aan het recht van de inbound-lidstaat. Het oprichtingsrecht in de zin van artikel 54 VwEU wijzigt.

Procedure tot zetelverplaatsing

De Resolutie bevat tevens enkele handreikingen over de procedure tot zetelverplaatsing. Deze handreikingen zijn echter niet geheel eenduidig vanwege de verschillende termen die gebruikt worden. Volgens de Resolutie moet het bestuur een ‘rapport’ en een ‘overdrachtsplan’ opstellen. Onder ‘overdrachtsplan’ worden verstaan: een voorstel tot zetelverplaatsing en onder ‘rapport’ een toelichting op het voorstel tot zetelverplaatsing. Vertegenwoordigers van werknemers of de werknemers zelf moeten worden geïnformeerd en geraadpleegd over de verplaatsing. Hierbij wordt in de Resolutie verwezen naar Richtlijn 2002/14/EG betreffende informatie- en raadplegingsrechten van werknemers in de Europese Gemeenschap.¹³⁵

De inhoud van het overdrachtsplan komt grotendeels overeen met de inhoud van het voorstel tot zetelverplaatsing van een SE (artikel 8 SE-Vo). Het rapport moet een beschrijving en motivering bevatten van de economische, juridische en sociale aspecten van de overdracht en een uitleg van de gevolgen van de overdracht voor de aandeelhouders, crediteuren en werknemers. Het overdrachtsplan en het rapport moeten binnen een redelijke termijn voorafgaande aan de datum van de aandeelhoudersvergadering ter bestudering aan de aandeelhouders en vertegenwoordigers van werknemers of werknemers zelf worden voorgelegd.

Vervolgens wordt opgemerkt dat de aandeelhouders, crediteuren en werknemers het ‘verslag’ mogen bestuderen gedurende een termijn van ten minste één maand en ten hoogste drie maanden, voordat de aandeelhoudersvergadering wordt gehouden waarin de zetelverplaatsing wordt goedgekeurd. Het term ‘verslag’ wordt verder nergens in de Resolutie gebruikt. Het ligt voor de hand dat hiermee bedoeld is: het overdrachtsplan. De Resolutie bevat geen aanwijzingen over de publicatie van het overdrachtsplan. Het lijkt mij dat ook hier aansluiting kan worden gezocht bij de Tiende richtlijn en het overdrachtsplan openbaar kan worden gemaakt overeenkomstig artikel 3 Eerste richtlijn. De (uiteindelijke) zetelverplaatsing moet worden gepubliceerd conform Richtlijn 2009/101/EG.¹³⁶

135 Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap - Gezamenlijke verklaring van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie over de vertegenwoordiging van de werknemers, Pb L 80 van 21.1.2002, p. 29 – 34.

136 Richtlijn 2009/101/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Pb L 258 van 1.10.2009, p. 11 – 19.

Besluit tot zetelverplaatsing

De Resolutie stelt voor dat het ‘overdrachtsvoorstel’ moet worden goedgekeurd door de algemene aandeelhoudersvergadering. Het besluit moet worden genomen met inachtneming van de regels bij statutenwijziging zoals die gelden in de outbound-lidstaat.

De richtlijn zou volgens de Resolutie de mogelijkheid moeten bieden dat, indien de vennootschap vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent – i.e. het recht van werknemers leden van het bestuur of toezichthoudend orgaan te benoemen of daartoe bindende voordracht te doen¹³⁷ –, de aandeelhoudersvergadering aan de uitvoering van de zetelverplaatsing de voorwaarde kan verbinden dat zij akkoord gaat met regelingen omtrent medezeggenschap. Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in artikel 9 lid 2 Tiende richtlijn. Daarnaast zouden lidstaten de mogelijkheid moeten hebben waarborgen op te nemen voor minderheidsaandeelhouders die tegen de zetelverplaatsing gekant zijn. Zij zouden het recht kunnen krijgen zich uit de vennootschap terug te trekken (bijvoorbeeld door middel van een recht op schadeloosstelling).

De wettelijkheid van de zetelverplaatsing

De outbound-lidstaat moet de wettelijkheid van de procedure tot zetelverplaatsing controleren. Volgens de Resolutie hebben de lidstaten zelf de vrijheid te bepalen hoe die controle moet geschieden. De instantie die in de outbound-lidstaat is aangewezen, geeft een certificaat af waarin zij verklaart dat alle vereiste handelingen en formaliteiten voor de zetelverplaatsing zijn vervuld. Hiermee wordt het principe van artikel 10 Tiende richtlijn gevolgd.

Vervolgens moet het certificaat, een afschrift van de ontwerpstatuten zoals die zullen luiden na de zetelverplaatsing en een afschrift van het voorstel tot zetelverplaatsing binnen een redelijke termijn worden ingediend bij de instantie die verantwoordelijk is voor registratie in de inbound-lidstaat, zoals bijvoorbeeld het handelsregister. Deze documenten zouden voldoende moeten zijn voor registratie in de inbound-lidstaat. Kennelijk wil het Parlement niet dat lidstaten meer eisen (kunnen) stellen aan registratie. De door het recht van de inbound-lidstaat aangewezen autoriteit (zoals een notaris of rechter) moet verifiëren of voldaan is aan de inhoudelijke en formele voorwaarden voor de zetelverplaatsing, met inbegrip van de in de inbound-lidstaat toepasselijke voorwaarden voor de oprichting. Het kan naar mijn mening niet zo zijn dat de autoriteit in de inbound-lidstaat nog eens toetst of aan alle voorwaarden is voldaan in de outbound-lidstaat. Die autoriteit zal daar doorgaans geen kennis van hebben en daarvoor dient juist het certificaat van de autoriteit in de outbound-lidstaat. Tevens moet de inbound-autoriteit controleren of voldaan is aan de voorwaarden voor de ‘oprichting’ van een vennootschap in de

¹³⁷ Zie hierover tevens: artikel 2 sub k Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, Pb L 294 van 10.11.2001, p. 22 – 32.

inbound-lidstaat. Dat is enigszins merkwaardig gezien het kennelijke streven van het Parlement dat de hiervoor beschreven documenten voldoende zouden moeten zijn voor registratie in de inbound-lidstaat. Kennelijk bestaat in de visie van het Parlement toch enige ruimte voor eisen van nationaal recht, zoals in het Nederlandse recht de notariële akte van oprichting. Duidelijk zal moeten worden hoe die oprichtingseisen (die per lidstaat verschillen) kunnen worden ingepast in een geharmoniseerd stelsel omtrent zetelverplaatsing en op welk moment in de procedure. Het lijkt mij voor de hand te liggen dat die formaliteiten worden vervuld vóórdat de vennootschap in de inbound-lidstaat wordt ingeschreven.

Na registratie in de inbound-lidstaat stelt de autoriteit in die lidstaat de autoriteit in de outbound-lidstaat in kennis van de registratie.¹³⁸ Vervolgens wordt de vennootschap uitgeschreven in de outbound-lidstaat. De registratie en de-registratie moet afdoende bekend worden gemaakt. Vreemd genoeg wordt dit niet nader in de Resolutie gespecificeerd. Ik meen dat hierbij de bekendmaking conform artikel 13 Tiende richtlijn en artikel 3 Eerste richtlijn voor de hand ligt.

Beschermende maatregelen

Een vennootschap waartegen een procedure tot ontbinding, liquidatie, insolventie of surseance van betaling of andere soortgelijke procedures is gestart, kan haar zetel niet verplaatsen. Wat betreft de procedures zou aangesloten kunnen worden bij kunnen worden bij de EG-Insolventieverordening.¹³⁹ Ter bescherming van wederpartijen bij gerechtelijke of administratieve procedures die vóór de verplaatsing van de zetel zijn gestart, wordt de vennootschap geacht haar zetel in de outbound-lidstaat te hebben. Op die wijze worden competentieproblemen voorkomen.

Werknemersrechten

Door een grensoverschrijdende zetelverplaatsing kan vennootschapsrechtelijke medezeggenschap verloren gaan indien geen wettelijk raamwerk bestaat ter bestendiging van bestaande medezeggenschapsrechten.

In de aanbeveling bij de Resolutie wordt uitgegaan van het principe dat de werknemersrechten worden beheerst door het recht van de inbound-lidstaat. De bestaande werknemersrechten mogen echter door de verplaatsing niet worden aangetaast (ook wel aangeduid als ‘voor-na-beginsel’). Ter verzekering van de medezeggenschapsrechten is in de Resolutie bepaald dat het recht van de inbound-lidstaat niet geldt indien de wetgeving van die staat niet voorziet in ten minste hetzelfde niveau van medezeggenschap als de outbound-lidstaat of de werknemers van vestigingen van de vennootschap in andere lidstaten niet hetzelfde recht op de uitoefening van medezeggenschapsrechten geeft als voor de verplaatsing gold. De Resolutie bevat geen suggesties voor het geval het recht van de inbound-lidstaat niet geldt. Naar mijn

¹³⁸ Dat principe wordt tevens gevolgd bij grensoverschrijdende fusie (zie artikel 13 Tiende richtlijn).

¹³⁹ Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, Pb L 160 van 30.6.2000, p. 1 – 18.

mening zou daarbij artikel 16 Tiende richtlijn en Richtlijn 2001/86/EG overeenkomstig kunnen worden toegepast, waarbij het resultaat van onderhandelingen wordt vastgelegd in de statuten van de vennootschap zoals die zullen luiden na het van kracht worden van de zetelverplaatsing.

Moment van kracht worden

De zetelverplaatsing wordt van kracht op de dag van registratie in de inbound-lidstaat en vanaf deze datum valt de vennootschap onder de wetgeving van de inbound-lidstaat. Hiermee wordt aansluiting gezocht bij de materiële regel van artikel 12 Tiende richtlijn, welke voor het moment van het van kracht worden van een grensoverschrijdende fusie verwijst naar het recht van de inbound-lidstaat. Een bepaling welke alleen verwijst naar het nationale recht van de inbound-lidstaat, zou bij een grensoverschrijdende omzetting niet afdoende zijn, omdat ofwel dat nationale recht ontbreekt, dan wel niet geharmoniseerd is. De uiteindelijke bepaling in de richtlijn over het van kracht worden van de grensoverschrijdende omzetting had nog preciezer omschreven kunnen worden. Exact had kunnen worden bepaald dat de omzetting van kracht wordt met ingang van de dag van registratie in de inbound-lidstaat.

1.4.6.3d *Initiatieven tot wetgeving betreffende grensoverschrijdende omzetting op nationaal niveau*

Los van de initiatieven tot harmoniserende wetgeving op unieniveau, is ook op Nederlands niveau in 2012 een initiatief tot wetgeving omtrent grensoverschrijdende omzetting ontplooid.¹⁴⁰ De Commissie Vennootschapsrecht heeft, naar aanleiding van de overwegingen van het Hof van Justitie van de EG in het *Cartesio*-arrest, uit eigen beweging een (pre-)voorstel van wet opgesteld met betrekking tot grensoverschrijdende omzetting, zowel wat betreft het inreizen van vennootschappen als het uitreizen van vennootschappen naar en vanuit Nederland en vanuit en naar andere lidstaten van de EU en EER. Ter bescherming van de belangen van crediteuren, minderheidsaandeelhouders en werknemers en in het algemeen belang adviseerde de Commissie Vennootschapsrecht randvoorwaarden vast te stellen voor grensoverschrijdende omzetting.¹⁴¹

De regeling zoals opgenomen in het voorstel van de Commissie Vennootschapsrecht ziet op grensoverschrijdende omzetting in het geval (i) een uitreizende naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt omgezet in een kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EU en (ii) een inreizende kapitaalvennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EU wordt omgezet in een naamloze of besloten vennootschap (art. 2:334oo lid 1 sub a van het

¹⁴⁰ Roelofs 2010-IV, p. 660.

¹⁴¹ Brief van de Commissie Vennootschapsrecht aan de Minister van Veiligheid en Justitie, 12 februari 2012, gepubliceerd op 7 september 2012 op www.rijksoverheid.nl. Bij de brief van de Commissie Vennootschapsrecht is een concept van een voorstel van wet en een concept van de memorie van toelichting bijgevoegd.

voorstel). De regeling is beperkt tot naamloze en besloten vennootschappen en kapitaalvennootschappen. In de memorie van toelichting bij het voorstel is gemotiveerd dat door deze beperking beter voorspelbaar is wat het rechtsgevolg is van een grensoverschrijdende omzetting omdat het recht ten aanzien van deze kapitaalvennootschappen door middel van Europese richtlijnen geharmoniseerd is.¹⁴² Deze motivering is begrijpelijk.¹⁴³ De Nederlandse wetgever moet echter wel rekening houden met de vrijheid van vestiging. De vrijheid van vestiging heeft een ruime reikwijdte en is van toepassing op een breed scala aan rechtsvormen (artikel 54 VwEU). Bovendien mag, op grond van de vrijheid van vestiging, zoals duidelijk is geworden in het Vale-arrest, de mogelijkheid tot omzetting niet worden voorbehouden aan nationale gevallen.¹⁴⁴ Met andere woorden: de mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt in het kader van omzetting, zoals bijvoorbeeld de omzetting van een besloten vennootschap in een vereniging, moeten ook grensoverschrijdend kunnen worden toegepast. Dit geldt ook als daarvoor geen geharmoniseerde regels op nationaal of unieniveau bestaan. In de memorie van toelichting bij het voorstel van de Commissie Vennootschapsrecht is aangegeven dat bezien kan worden of bezwaren bestaan tegen uitbreiding tot andere vennootschappen en/of andere rechtspersonen, nadat ervaring is opgedaan met de eventueel toekomstige nieuwe regeling.¹⁴⁵

Het voorstel van de Commissie Vennootschapsrecht voorziet in een regeling omtrent (i) de procedure tot grensoverschrijdende omzetting, (ii) de bescherming van schuldeisers van de grensoverschrijdend omzettende vennootschap in geval van een – vanuit Nederlands perspectief – outbound-grensoverschrijdende omzetting, (iii) een verzetrecht van de minister van Veiligheid en Justitie om redenen van algemeen belang in geval van een outbound grensoverschrijdende omzetting, (iv) de bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij de door Nederlands recht beheerste grensoverschrijdend omzettende vennootschap, (v) de besluitvorming tot grensoverschrijdende omzetting, (vi) de mogelijkheid tot schadeloosstelling voor houders van aandelen die tegen de voorgenomen grensoverschrijdende omzetting stemmen en de houders van stemrechtloze aandelen in geval van een – vanuit Nederlands perspectief – outbound grensoverschrijdende omzetting, (vii) de taak van de Nederlandse notaris bij een outbound- en een inbound-grensoverschrijdende omzetting, (viii) het van kracht worden van de grensoverschrijdende omzetting en (ix) de uitsluiting van nietigheid of vernietiging van grensoverschrijdende omzetting.¹⁴⁶

142 Memorie van toelichting bij het voorstel van de Commissie Vennootschapsrecht, p. 4, 5.

143 Schmieman 2012, p. 103 – 104.

144 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsóbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 46. Anders, zij het op basis van het voorstel van de Commissie Vennootschapsrecht: Schmieman 2012, p. 105.

145 Roelofs en Van Eck 2013-I, p. 296 – 301.

146 Zie hierover uitgebreider: Roelofs en Van Eck 2013-I p. 296 – 301 en Roelofs en Van Eck 2013-II, p. 313 – 319, Roelofs, Van Eck 2013-III, p. 102 – 108 en Van der Bijl (2013), p. 53, 64 – 66.

Het voorstel omtrent grensoverschrijdende omzetting van de Commissie Vennootschapsrecht is een stap in de goede richting op het gebied van de uitbreiding van de mogelijkheden tot grensoverschrijdende herstructurering. Indien het voorstel daadwerkelijk wet zou worden, worden de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting, zoals reeds mogelijk op basis van de vrijheid van vestiging en zoals bevestigd in het Cartesio-arrest en het Vale-arrest, gedeeltelijk gecodificeerd. De inhoud van het voorstel zal, als de bepalingen daadwerkelijk tot wet zullen worden verheven, een positieve invloed kunnen hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat. Het inreizen van vennootschappen in Nederland zal weliswaar eenvoudiger worden door het bestaan van een wettelijke regeling, het uitreizen vanuit Nederland zal moeilijker worden door de bepalingen die zien op bescherming van belanghebbenden. Niettemin neemt het bestaan van een wettelijke regeling veel rechtsonzekerheid weg en dat kan een positieve bijdrage leveren aan het Nederlandse vestigingsklimaat.

De Nederlandse wetgever heeft zonder meer de bevoegdheid een eigen, nationale regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting op te stellen, omdat harmoniserende wetgeving hieromtrent in de vorm van een Europese richtlijn of verordening vooralsnog ontbreekt. Dit neemt echter niet weg dat de Nederlandse wetgeving wel in overeenstemming zal moeten zijn met een (eventueel toekomstige) richtlijn, indien die richtlijn wordt aangenomen en de implementatietermijn ten einde loopt.

1.5 Grensoverschrijdende juridische fusie

1.5.1 Algemeen

Een grensoverschrijdende juridische fusie (hierna te noemen: grensoverschrijdende fusie) is de rechtshandeling van twee of meer vennootschappen, die door het recht van verschillende staten worden beheerst, ten gevolge waarvan ten minste één vennootschap als gevolg van de fusie ophoudt te bestaan en waarvan het vermogen, de activa en passiva, onder algemene titel overgaan op ten hoogste één verkrijgende vennootschap. De grensoverschrijdende fusie heeft hetzelfde effect als een nationale juridische fusie, zoals die in het Europese recht is geregeld en geharmoniseerd door middel van de Richtlijn 2011/35/EU en in het Nederlandse recht is opgenomen in Titel 2.7 BW. Het enige verschil tussen een nationale fusie en een grensoverschrijdende fusie is dat bij een nationale fusie alle bij de fusie betrokken vennootschappen door het recht van dezelfde staat worden beheerst, terwijl bij een grensoverschrijdende fusie ten minste twee vennootschappen door het recht van verschillende staten worden beheerst.

Een onderscheid kan worden gemaakt tussen een ‘outbound’ grensoverschrijdende fusie en een ‘inbound’ grensoverschrijdende fusie. Onder een ‘outbound’ grensoverschrijdende fusie wordt verstaan een fusie waarbij een Nederlandse vennootschap verdwijnt en waarbij een door het recht van een andere staat beheerste

vennootschap de activa en passiva verkrijgt. Onder een ‘inbound’ grensoverschrijdende fusie wordt de fusie begrepen waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap en de activa en passiva van één of meer door het recht van een andere staat of staten beheerste vennootschappen verkrijgt. De begrippen ‘outbound’ en ‘inbound’ zijn relatief: wat vanuit Nederlands perspectief een ‘outbound’ grensoverschrijdende fusie is, is vanuit buitenlands perspectief een ‘inbound’ grensoverschrijdende fusie en omgekeerd.¹⁴⁷

1.5.2 Verhouding grensoverschrijdende juridische fusie tot grensoverschrijdende juridische splitsing

Van alle mogelijkheden tot (grensoverschrijdende) herstructurering zijn grensoverschrijdende fusie van vennootschappen en grensoverschrijdende splitsing van vennootschappen het best met elkaar te vergelijken, omdat zij veel overeenkomsten hebben. De belangrijkste overeenkomst is misschien wel de overgang onder algemene titel van het vermogen van de vennootschap die ophoudt te bestaan op de verkrijgende vennootschap. Andere belangrijke overeenkomsten zijn het van rechtswege ophouden te bestaan van de vennootschap waarvan het vermogen overgaat en de toekenning van aandelen in de verkrijgende vennootschap aan aandeelhouders van de vennootschap die van rechtswege ophoudt te bestaan in het kader van de fusie of splitsing. De overeenkomsten tussen fusie en splitsing zijn te verklaren vanuit het feit dat fusie en splitsing als economische verschijnselen aan elkaar verwant zijn. Daarnaast is, zoals is gebleken uit paragraaf 2.3., de Zesde richtlijn betreffende splitsing geïnspireerd op de Derde richtlijn betreffende fusie en is uit dien hoofde ook de nationale regeling betreffende splitsing verwant aan de nationale regeling omtrent fusie.

Het belangrijkste verschil tussen grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende splitsing vloeit voort uit het karakter van fusie en splitsing: bij een fusie gaat het vermogen van ten minste één verdwijnende vennootschap over op ten hoogste één verkrijgende vennootschap en houdt de verdwijnende vennootschap op te bestaan, bij een splitsing is dat andersom: het vermogen van ten hoogste één splitsende vennootschap gaat over op twee of meer verkrijgende vennootschappen. Dat laatste is anders in het geval van afsplitsing, waarbij de splitsende vennootschap niet noodzakelijkerwijs ophoudt te bestaan.

Een grensoverschrijdende fusie kan een alternatief zijn voor een grensoverschrijdende splitsing vanwege de bovengenoemde overeenkomsten tussen beide rechtshandelingen. Daarnaast heeft grensoverschrijdende fusie als belangrijk voordeel ten opzichte van grensoverschrijdende splitsing dat voor grensoverschrijdende fusie vooralsnog een duidelijk wettelijk raamwerk in alle lidstaten van de EU bestaat, enerzijds in de vorm van de SE-Verordening en de uitvoeringswetgevingen bij de

147 Portengen en Kelkensberg 2006, p. 42.

SE-Verordening, anderzijds in de vorm van de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie en de implementatiewetgevingen in de lidstaten van de EU.

Met een grensoverschrijdende fusie kan weliswaar hetzelfde resultaat worden bereikt als met een grensoverschrijdende splitsing, maar daarvoor zijn extra rechtshandelingen noodzakelijk, zoals (i) een nationale splitsing voorafgaande aan de grensoverschrijdende fusie in de outbound-lidstaat, dan wel een nationale splitsing in de inbound-lidstaat. Hoewel dit een goed – en rechtszeker – alternatief kan zijn voor grensoverschrijdende splitsing, zijn meerdere rechtshandelingen noodzakelijk, hetgeen leidt tot extra kosten en een langere procedure.

1.5.3 Grensoverschrijdende juridische fusies tot 2004

Lange tijd was het onduidelijk of een grensoverschrijdende fusie – althans vanuit Nederlands perspectief – toegestaan was. Het ontbreken van enige regelgeving omtrent grensoverschrijdende fusies in het Nederlandse ipr had tot gevolg dat geen geschreven regels omtrent de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusies en het op grensoverschrijdende fusies toepasselijke recht bestonden.

Enerzijds werden grensoverschrijdende fusies niet toelaatbaar geacht, omdat de bestaande wetgeving omtrent nationale juridische fusie (in het Nederlandse recht: Titel 2.7 BW) alleen zou zien op de juridische fusie van Nederlandse rechtspersonen en het dwingendrechtelijke karakter van Boek 2 BW grensoverschrijdende juridische fusie in de weg zou staan.¹⁴⁸ Een andere reden waarom de grensoverschrijdende juridische fusie niet mogelijk werd geacht, was dat een door Nederlands recht beheerste verkrijgende rechtspersoon het vermogen van de rechtspersoon of rechtspersonen waarop het recht van een andere staat van toepassing is niet onder algemene titel zou kunnen verkrijgen.¹⁴⁹

Anderzijds werden grensoverschrijdende juridische fusies wel toelaatbaar geacht, aangezien het ontbreken van specifiek geschreven wettelijke bepalingen voor grensoverschrijdende juridische fusie niet zou inhouden dat de grensoverschrijdende juridische fusie niet toelaatbaar zou zijn¹⁵⁰ en dat derhalve een grensoverschrijdende juridische fusie uitgevoerd kon worden, mits volgens het recht dat van toepassing is op de andere fuserende rechtspersoon of rechtspersonen grensoverschrijdende juridische fusie ook toelaatbaar is.¹⁵¹ Ondanks dat het nog tot 2004 duurde voordat de SE-Verordening van kracht werd en tot 2005 voordat het Hof van Justitie van de EG het Sevic-arrest wees en een vernieuwd voorstel voor een Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie van kracht werd, achtte Van Solinge ruim daarvoor in zijn dissertatie grensoverschrijdende fusies wel toelaatbaar.¹⁵² Uit het

148 Raaijmakers en Van der Sangen 2003, artikel 308, aantekening 3 sub a.

149 Dortmund 1992, p. 19.

150 Van Solinge 1994, p. 175.

151 Vlas 2009-III, p. 220.

152 Van Solinge 1994, p. 201.

ontbreken van geschreven (conflict)regels kon naar zijn mening niet de conclusie worden getrokken dat een rechtsbetrekking van het interne privaatrecht zich niet ook in internationaal verband zou kunnen voordoen.¹⁵³

1.5.4 Grensoverschrijdende juridische fusies na 2004/2005

De jaren 2004 en 2005 kunnen gezien worden als een kentering in de tot dan toe bestaande controverse over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie. Op 8 oktober 2004 werd de SE-Verordening van kracht en met ingang van die datum is het mogelijk dat naamloze vennootschappen, waarop het recht van verschillende lidstaten van toepassing is, met elkaar fuseren, waarbij een supranationale rechtsvorm, een *Societas Europaea* (SE) wordt gevormd. Sinds 8 oktober 2004 staat niet meer ter discussie of een grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen welke worden beheerst door het recht van verschillende lidstaten mogelijk is, mits bij deze grensoverschrijdende fusie een SE wordt gevormd. De grensoverschrijdende fusie op basis van de SE-Verordening zal verder centraal staan in paragraaf 1.5.6.

Op 13 december 2005 deed het Hof van Justitie van de EG uitspraak in het *Sevic*-arrest. In dat arrest stond een grensoverschrijdende fusie tussen een door Luxemburgs recht beheerste vennootschap en een door Duits recht beheerste vennootschap centraal. Het *Sevic*-arrest heeft een belangrijke bijdrage geleverd bij de beantwoording van de vraag of grensoverschrijdende fusie binnen de EU toelaatbaar is. De invloed van het *Sevic*-arrest zal verder behandeld worden in paragraaf 1.5.7.

Op 26 oktober 2005 is de Tiende Richtlijn betreffende grensoverschrijdende juridische fusie vastgesteld. De Tiende richtlijn is gepubliceerd op 25 november 2005 en van kracht geworden op 15 december 2005.¹⁵⁴ De Tiende Richtlijn voorziet in een regeling op unieniveau die grensoverschrijdende juridische fusie binnen de lidstaten van de Europese Unie (EU) en de Europese Economische Ruimte (EER) vergemakkelijkt.¹⁵⁵ De grensoverschrijdende fusie op basis van de Tiende richtlijn zal verder behandeld worden in paragraaf 1.5.8.

1.5.5 Initiatieven tot wetgeving omtrent grensoverschrijdende fusie

Vóór 2004 zijn vele pogingen gedaan te komen tot een regeling omtrent grensoverschrijdende fusies. De eerste was het voornemen tot het opstellen van de SE-Verordening. In 1970 diende de Europese Commissie een ontwerpverordening daartoe in bij de Raad.¹⁵⁶ Zoals hiervoor is gebleken, heeft het tot 2004

¹⁵³ Van Solinge 1994, p. 175.

¹⁵⁴ Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, Pb EU L 310, 25 november 2005 en Artikel 20 Richtlijn 2005/56/EG.

¹⁵⁵ Overweging 1 bij Richtlijn 2005/56/EG.

¹⁵⁶ Pb. C 124 van 10 oktober 1970, met toelichting gepubliceerd als Supplement van het Bulletin 8-1970 van de EG.

geduurd voordat de SE-Verordening in werking trad. De reden dat het lang heeft geduurd voordat een definitieve versie van de SE-Verordening kon worden vastgesteld was met name gelegen in het feit dat de lidstaten moeilijk overeenstemming konden bereiken over de vormgeving van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap en het tegengaan van verlies van medezeggenschapsrechten van werknemers van vennootschap die in het kader van de grensoverschrijdende fusie ophoudt te bestaan.

Een ander initiatief tot wetgeving betreffende grensoverschrijdende fusie was het Ontwerpverdrag inzake internationale fusies. Dit ontwerpverdrag was gebaseerd op artikel 220 EEG-Verdrag, op basis waarvan lidstaten voor zover nodig met elkaar in onderhandeling konden treden over – onder andere – de mogelijkheid tot fusie van vennootschappen die onder het recht van verschillende lidstaten ressorteerden. Het ontwerpverdrag werd in 1973 gepubliceerd en zag op grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen.¹⁵⁷ Het Ontwerpverdrag hing nauw samen met het Erkenningsverdrag 1968. Timmermans heeft naar aanleiding van dit ontwerpverdrag de vraag gesteld of de lidstaten nog wel bevoegd waren tot het sluiten van een verdrag omtrent grensoverschrijdende fusie en of niet veeleer een regeling bij gemeenschapsbesluit voor de hand lag.¹⁵⁸ Het verdrag betreffende internationale fusie heeft de eindstreep nooit gehaald.

Ondertussen zat de Europese wetgever niet stil en ging verder met de Derde richtlijn betreffende nationale fusie. In het Rapport van de Commissie Vennootschapsrecht inzake het voorstel voor een derde richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake fusies van naamloze vennootschappen is geen aandacht besteed aan grensoverschrijdende fusie.¹⁵⁹ In het advies van de Sociaal-economische Raad (SER) werd opgemerkt dat de Derde richtlijn alleen zag en ziet op interne, nationale fusies. Het doel van de Derde richtlijn was – en is – immers de nationale voorschriften omtrent juridische fusies van naamloze vennootschappen te coördineren en tegelijkertijd de lidstaten, welke de fusie als afzonderlijke rechtsfiguur niet kennen, te verplichtten deze in hun rechtsorde op te nemen. Deze coördinatie bevorderde naar de mening van de SER de voor een later tijdstip geplande totstandkoming van de in artikel 220 EEG-Verdrag voorziene overeenkomst tussen lidstaten inzake de fusie van vennootschappen die onder het recht van verschillende lidstaten ressorteren.¹⁶⁰ Bij de implementatie van de Derde richtlijn in

157 Supplement 13/73 Bulletin EG.

158 Timmermans 1980, p. 71.

159 Rapport van de Commissie Vennootschapsrecht inzake het voorstel voor een derde richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake fusies van naamloze vennootschappen is geen aandacht besteed aan grensoverschrijdende fusie, 's-Gravenhage, Staatsuitgeverij 1971.

160 Advies inzake een ontwerp voor een Derde richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake juridische fusies van naamloze vennootschappen, welke plaatsvinden binnen de grenzen der afzonderlijke lidstaten, uitgebracht aan de minister van Justitie, Uitgave van de Sociaal-Economische Raad 1972, no. 6, 19 mei 1972.

Nederland is met geen woord gerept over de mogelijkheid regels op te nemen over grensoverschrijdende fusie.

Nadat de Derde richtlijn van kracht was geworden, is de Europese wetgever verder gegaan met een nieuw wetgevingsinitiatief omtrent grensoverschrijdende fusie. Op 14 januari 1985 diende de Europese Commissie een voorstel in voor de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie.¹⁶¹ Bij deze hernieuwde poging tot het opstellen van wetgeving koos de Europese Commissie niet voor een verdrag op basis van artikel 220 EEG-Verdrag, maar voor een richtlijn op basis van artikel 54 lid sub g EEG-Verdrag. De bevoegdheid tot het doen van een voorstel voor een verdrag sloot de mogelijkheid een voorstel in te dienen voor een richtlijn niet uit. Het voordeel van een richtlijn boven een verdrag was onder andere dat teruggevallen kon worden op de principes van de Derde richtlijn en dat een richtlijn eenvormig wordt geïnterpreteerd door middel van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EG (thans: Hof van Justitie van de EU).¹⁶² Bovendien werd met een richtlijn eenvormige implementatie bereikt, omdat implementatie in nationale wetgeving noodzakelijk is, hetgeen bij een verdrag slechts gebeurt indien lidstaten een monistisch stelsel kennen en niet gebeurt indien lidstaten een dualistisch stelsel kennen.

Het concept van de Tiende richtlijn dat op 14 januari 1985 was ingediend, haalde de eindstreep niet, omdat de Commissie juridische zaken en rechten van de burger van het Europees parlement een negatief verslag over het voorstel uitbracht. De methodiek van de verwijzingen in de Tiende richtlijn naar de Derde richtlijn stuitte op kritiek, omdat een eenvoudige verwijzing naar bepalingen uit de Derde richtlijn niet voldoende zou zijn of zelfs verwarring zou kunnen stichten.

Op 26 oktober 2005 hebben het Europees Parlement en de Raad de Tiende Richtlijn betreffende grensoverschrijdende juridische fusie vastgesteld, welke van kracht is geworden op 15 december 2005.¹⁶³

1.5.6 Grensoverschrijdende juridische fusie op basis van de SE-Verordening

Op 8 oktober 2004 is de SE-Verordening in werking getreden. Met de SE-Verordening werd voor het eerst voorzien in een geschreven regeling voor grensoverschrijdende juridische fusie – zij het alleen voor naamloze vennootschappen – binnen de lidstaten

161 Pb EG C 23 van 25 januari 1985, Bulletin EG, Supplement 3/85.

162 Van Solinge 1994, p. 35, 36.

163 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, Pb EU L 310, 25 november 2005 en Artikel 20 Richtlijn 2005/56/EG.

van de EU (artikel 2 lid 1 SE-Verordening).¹⁶⁴ De SE-Verordening bevat bepalingen betreffende de ontstaanswijzen van een Societas Europaea (SE, Europese Vennootschap of European Company). Een SE kan worden gevormd door door middel van een grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen, welke door het recht van verschillende lidstaten van de EU worden beheerst. De vorming van een SE door middel van grensoverschrijdende fusie is één van de ontstaanswijzen van een SE, naast de vorming van een SE (i) door middel van oprichting van een holding-SE (artikel 2 lid 2 SE-Verordening), (ii) de oprichting van een dochter-SE (artikel 2 lid 3 SE-Verordening) en (iii) de omzetting van een naamloze vennootschap in een SE (artikel 2 lid 4 SE-Verordening).¹⁶⁵ De vennootschappen welke als ‘naamloze vennootschap’ in de zin van de SE-Verordening kwalificeren, zijn opgesomd in Bijlage I bij de SE-Verordening.

Een SE kan ontstaan door middel van een grensoverschrijdende juridische fusie van twee of meer naamloze vennootschappen die naar het recht van een lidstaat van de EU zijn opgericht en hun statutaire zetel en hoofdbestuur in de Gemeenschap – i.e. de lidstaten van de EU – hebben, mits ten minste twee van de fuserende vennootschappen onder het recht van verschillende lidstaten ressorteren (artikel 2 lid 1 SE-Verordening). De grensoverschrijdende fusie kan plaatsvinden door middel van een fusie door overnemings, waarbij de ene naamloze vennootschap de andere naamloze vennootschap overneemt en het vermogen van de verdwijnende naamloze vennootschap onder algemene titel verkrijgt. In dat geval neemt de overnemende naamloze vennootschap tegelijkertijd met de fusie door overnemings de vorm van een SE aan (artikel 17 lid 2 sub a SE-Verordening). Er wordt geen nieuwe vennootschap gevormd en de overnemende vennootschap behoudt haar rechtspersoonlijkheid. Naar mijn mening kan de overnemende vennootschap niet tegelijkertijd met de fusie haar statutaire zetel naar een andere lidstaat verplaatsen.¹⁶⁶

164 Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap (SE), Pb EG 2001, L 294, p. 1. De SE-Uitvoeringswet (Wet van 17 maart 2005 tot uitvoering van verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE)) is op 1 april 2005 in werking getreden (Stb. 2005, 151).

165 Zie hierover uitgebreider: Van Boxel en Van Eck e.a. 2004, p. 39 e.v., Van Veen 2012-II, p. 119 – 188 en Koppenol-Laforce 2005, p. 23 e.v..

166 Van Eck en Roelofs 2009, p. 105 – 109. Anders: Van Veen 2012-II, p. 130. Van Veen is van mening dat de overnemende vennootschap tegelijk met het verkrijgen van de vorm van de SE haar statutaire zetel naar een andere lidstaat kan verplaatsen, omdat de SE-Verordening zich daar niet tegen verzet. De gedachte van Van Veen dat de overnemende vennootschap tegelijkertijd met de fusie haar statutaire zetel naar een andere lidstaat kan verplaatsen, is op zich een sympathieke. Ook zou het vanuit praktisch perspectief wenselijk zijn dat een SE haar statutaire zetel zou kunnen verplaatsen tegelijkertijd met de fusie. Naar mijn mening is dat echter thans (nog) niet mogelijk. Het verplaatsen van de statutaire zetel van de SE naar een andere lidstaat in het kader van de fusie is naar mijn mening in strijd met het wezen van de fusie door overnemings, namelijk dat het – in geval van de SE aanvullend – toepasselijk recht op de overnemende vennootschap niet wijzigt in het kader van de fusie.

Een andere vorm van grensoverschrijdende fusie waarbij een SE wordt gevormd, is de fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap. Ook hierbij geldt dat de naamloze vennootschappen door het recht van verschillende lidstaten moeten worden beheerst.¹⁶⁷ De SE is in dat geval de nieuwe vennootschap en de fuserende naamloze vennootschappen houden op te bestaan. De nieuw opgerichte SE kan haar statutaire zetel en hoofdbestuur hebben in de lidstaat waar één van de fuserende naamloze vennootschappen haar werkelijke of statutaire zetel had. Het is echter ook mogelijk dat zij haar statutaire zetel en hoofdbestuur heeft in een andere, derde, lidstaat.¹⁶⁸

Voor de hiervoor beschreven grensoverschrijdende fusies waarbij een SE ontstaat, geeft de SE-Verordening zelf een aantal regels, zoals bijvoorbeeld de gegevens die in het fusievoorstel moeten worden vermeld (artikel 20 SE-Verordening) en de publicatie van bepaalde gegevens in het nationale publicatieblad (artikel 21 SE-Verordening). Voor de aangelegenheden die niet in Afdeling 2 van Titel II SE-Verordening – met als titel ‘oprichting van een SE via fusie’ – zijn geregeld of wanneer aangelegenheden slechts gedeeltelijk zijn geregeld, gelden de regels betreffende nationale juridische fusie van het recht van de lidstaten waaronder de betrokken vennootschappen ressorteren (artikel 18 en 24 jo. artikel 9 SE-Verordening). Hieruit volgt dat bij de grensoverschrijdende fusie waarbij een SE ontstaat, de fuserende naamloze vennootschappen dienen te voldoen aan de voorschriften die gesteld worden door de SE-Verordening en het recht van de lidstaten dat op de fuserende naamloze vennootschappen van toepassing is.

Anno 2004 bood de SE-Verordening de enige rechtszekere basis voor een grensoverschrijdende fusie binnen de lidstaten van de EU. Er kleven echter ook nadelen aan een grensoverschrijdende fusie op basis van de SE-Verordening: alleen vennootschappen van het naamloze type kunnen fuseren tot een SE. Dat heeft tot gevolg dat eventueel voorafgaande aan de grensoverschrijdende fusie een nationale omzetting in een naamloze vennootschap noodzakelijk is. Een ander nadeel van het gebruik van de SE voor een grensoverschrijdende fusie is dat, na een grensoverschrijdende fusie, de SE slechts kan worden omgezet in een naamloze vennootschap naar het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire en werkelijke zetel heeft en dat het omzettingsbesluit pas kan worden genomen na twee jaar na de inschrijving van de SE en nadat de eerste twee jaarrekeningen zijn goedgekeurd (artikel 66 lid 1 SE-Verordening). Eerst na de omzetting van een SE in een naamloze vennootschap kan omzetting plaatsvinden in een andere rechtsvorm naar het recht van de betreffende lidstaat.

167 Artikel 2 lid 1 en artikel 17 lid 2 sub b SE-Verordening.

168 Van Boxel en Van Eck e.a. 2004, p. 40.

1.5.7 *Grensoverschrijdende juridische fusie op basis van de vrijheid van vestiging*

Naast de in de vorige paragraaf beschreven mogelijkheden tot grensoverschrijdende fusie op basis van de SE-Verordening, bestaat tevens de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische fusie op basis van de vrijheid van vestiging, zoals neergelegd in artikel 49 en 54 VwEU.

De vraag of grensoverschrijdende juridische fusie mogelijk is op basis van de vrijheid van vestiging is, vóórdat de Tiende Richtlijn van kracht werd, aan bod gekomen in het ‘Sevic-arrest’.¹⁶⁹ In het Sevic-arrest stond de grensoverschrijdende juridische fusie van Sevic Systems AG, een naamloze vennootschap beheerst door Duits recht – in het kader van deze fusie de verkrijgende vennootschap –, en haar dochtervennootschap, Security Vision Concept SA, een naamloze vennootschap beheerst door Luxemburgs recht – in dit kader de verdwijnende vennootschap –, centraal.

Het Amtsgericht te Neuwied, Duitsland, weigerde de grensoverschrijdende fusie tussen Sevic Systems AG en Security Vision Concept SA in te schrijven in het Duitse handelsregister, in Duitsland een constitutief vereiste voor het van kracht worden van een juridische fusie.¹⁷⁰ Het Amtsgericht motiveerde de weigering tot inschrijving door te stellen dat het Duitse Umwandlungsgesetz, de wet die vereisten voor en gevolgen van onder andere juridische fusie, juridische splitsing en omzetting bevat, alleen van toepassing is op Duitse rechtspersonen en dat het Umwandlungsgesetz uitdrukkelijk buitenlandse rechtspersonen uitsluit van juridische fusie, juridische splitsing en omzetting.¹⁷¹ Sevic Systems AG ging tegen deze weigering in beroep bij het Landgericht in Koblenz, dat prejudiciële vragen stelde aan het Hof van Justitie van de EG over de verenigbaarheid van deze weigering tot inschrijving met de vrijheid van vestiging, zoals destijds neergelegd in artikel 43 en 48 VEG.

Het Hof van Justitie van de EG beantwoordde, in lijn met de eerder uitgebrachte Conclusie van Advocaat-Generaal Tizzano in deze zaak,¹⁷² de prejudiciële vraag positief. Het Hof van Justitie van de EG achtte de artikelen 43 en 48 VEG toepasselijk en overwoog dat ‘fusies, evenals overige omzettingen van vennootschappen beantwoorden aan de behoeften van reorganisatie van vennootschappen die in verschillende lidstaten gevestigd zijn’. Het gebruik van de woorden ‘gevestigd zijn’ is misschien wat minder gelukkig in dit geval, omdat niet duidelijk is of het Hof van Justitie van de EG hiermee de situering van de werkelijke zetel, het hoofdbestuur, op het oog heeft, of de situering van de statutaire zetel. Naar mijn mening moet in plaats van ‘die in verschillende lidstaten gevestigd zijn’ worden gelezen: ‘die door het recht van verschillende lidstaten worden beheerst’.

169 HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03 (Sevic), «JOR» 2006, 31.

170 Zie § 16 tot en met § 20 Umwandlungsgesetz (Duitsland).

171 Zie § 1 Umwandlungsgesetz (Duitsland).

172 Conclusie van Advocaat-Generaal Tizzano van 7 juli 2005 in zaak C-411/03, SEVIC Systems AG, Jurisprudentie 2005, p. I-10805.

De door het Hof van Justitie van de EG bedoelde mogelijkheden van omzetting vormen ‘bijzondere wijzen van uitoefening van de vrijheid van vestiging, die belangrijk zijn voor de goede werking van de interne markt en behoren dus tot de economische activiteiten waardoor de lidstaten de in artikel 43 EG bedoelde vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen’.¹⁷³ In dezelfde zin heeft de Rechtbank Amsterdam, sector Kanton, ná het Sevic-arrest, geoordeeld in een zaak betreffende het verzoek van de Kamer van Koophandel om herstel te gelasten van de inschrijving van een Nederlandse vennootschap, Consuma Holding BV, die in het kader van een grensoverschrijdende juridische fusie met haar moedervenootschap BKC Holding GmbH (een besloten vennootschap beheerst door Duits recht), was opgehouden te bestaan.¹⁷⁴ De Kamer van Koophandel stelde dat de fusie met de Duitse vennootschap onjuist was, dan wel in strijd was met de openbare orde, vanwege het feit dat het Nederlandse fusierecht nog geen mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische fusie kende tussen een Nederlandse vennootschap en een vennootschap beheerst door het recht van een andere EU/EER-lidstaat en de fusie derhalve niet tot stand kon komen.¹⁷⁵ De rechtbank oordeelde dat de Duitse vennootschap, BKC Holding GmbH, aanspraak heeft op gelijke behandeling als in vergelijkbare gevallen van juridische fusie van twee Nederlandse vennootschappen en zij een beroep kan doen op de fusiebepalingen van artikel 2:309 BW. Het onthouden van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie levert een ongelijke behandeling op, die in strijd is met de vrijheid van vestiging (artikel 49 en 54 VwEU).

De vrijheid van vestiging heeft een ruime reikwijdte en is van toepassing op alle vormen van fusie waar nationale rechtsvormen gebruik van kunnen maken.¹⁷⁶ Ook de reikwijdte van de vrijheid van vestiging wat betreft de rechtsvormen is zeer ruim: alle rechtsvormen als opgesomd in artikel 54 VwEU vallen onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging. Dat zijn alle vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, waarbij onder ‘vennootschappen’ wordt verstaan: maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, coöperatieve verenigingen of coöperatieve vennootschappen en overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen (artikel 54 VwEU). Deze begrippen moeten worden uitgelegd in de betekenis die zij hebben in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en niet in de betekenis die zij kunnen hebben in het nationale recht van de lidstaten van de EU.

Het gevolg van de ruime reikwijdte van de vrijheid van vestiging is dat reorganisatiemethoden, waaronder vormen van grensoverschrijdende fusies die niet

173 HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03 (Sevic), Jurisprudentie 2005 p. I-10805, r.o. 17.

174 Rb. Amsterdam, sector kanton, 29 januari 2007, «JOR» 2007/88, m.nt. H.J.M.M. van Boxel.

175 Ten tijde van deze uitspraak was de Tiende Richtlijn nog niet geïmplementeerd in nationale wetgeving in Nederland.

176 HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03 (Sevic), Jurisprudentie 2005 p. I-10805, r.o. 17, 18.

zijn geharmoniseerd door enige wetgeving op unieniveau, toch toelaatbaar zijn op basis van de vrijheid van vestiging, evenals fusies tussen vennootschappen in de zin van artikel 54 VwEU, welke geen kapitaalvennootschap zijn.¹⁷⁷ Voor de vormen van fusie en de fusies tussen vennootschappen die niet onder de reikwijdte van enige regeling op unieniveau vallen, bestaat geen wettelijk kader wat betreft de vereisten waaraan vennootschappen moet voldoen om bij een grensoverschrijdende fusie partij te kunnen zijn, de procedure tot grensoverschrijdende fusie en regelingen omtrent het van kracht worden van grensoverschrijdende fusie. Voor die fusies verdient het vanuit oogpunt van rechtszekerheid aanbeveling zo veel als mogelijk de regels van de Tiende Richtlijn en de daarop gebaseerde implementatiewetgevingen naar analogie toe te passen. Door zo veel als mogelijk deze regels te volgen, zijn de belangen van schuldeisers, werknemers en minderheidsaandeelhouders voldoende beschermd.¹⁷⁸

1.5.8 Richtlijn 2005/56/EG betreffende grensoverschrijdende juridische fusie

Na de verschillende pogingen tot het opstellen van regels omtrent grensoverschrijdende fusie op communautair niveau (zie paragraaf 1.5.5.), is de Tiende richtlijn in 2005 nieuw leven ingeblazen. De problemen die speelden bij de eerdere pogingen hiertoe leken opgelost, met name door de regeling omtrent grensoverschrijdende fusie op basis van de SE-Verordening, waarbij een SE wordt gevormd.¹⁷⁹ Verschillende concepten die de SE-Verordening in zich draagt, waarvan de regeling omtrent het behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van werknemers van de fuserende vennootschappen misschien wel het meest in het oog springt, zijn bijna gelijk overgenomen in de Tiende richtlijn.

Zoals uiteengezet in paragraaf 1.5.6, biedt de grensoverschrijdende fusie op basis van de SE-Verordening weliswaar een duidelijk wettelijk raamwerk voor grensoverschrijdende fusie, maar kleven ook de nodige nadelen aan een grensoverschrijdende fusie waarbij een SE wordt gevormd: slechts naamloze vennootschappen kunnen grensoverschrijdend fuseren en het resultaat van de grensoverschrijdende fusie is een SE, een supranationale rechtsvorm, welke rechtsvorm niet onmiddellijk na het van kracht worden van de fusie door middel van omzetting op basis van artikel 66 SE-Verordening kan worden gewijzigd in een rechtsvorm naar het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft.¹⁸⁰ Daarnaast heeft de SE een, in vergelijking met andere rechtsvormen, relatief hoog geplaatst minimumkapitaal van € 120.000 en hebben lidstaten de

177 Voor een kritische kanttekening hierbij wordt verwezen naar: Storm 2009, p. 328–337.

178 Van Eck en Roelofs 2008, p. 85–89.

179 Van Boxel 2011, p. 11.

180 Overigens kan wel met behulp van een nationale fusie tussen een naamloze of besloten vennootschap en een SE de SE als verdwijnende vennootschap optreden. In dat geval geldt de termijn van twee jaar van artikel 66 lid 1 SE-Verordening niet.

vrijheid een nog hoger minimumkapitaal voor te schrijven (artikel 4 lid 3 SE-Verordening).¹⁸¹

Ondanks de mogelijkheden tot grensoverschrijdende fusie op basis van de SE-Verordening, stuiten vennootschappen bij verwezenlijking van grensoverschrijdende samenwerkingen en reorganisaties op wettelijke en administratieve belemmeringen. Om die reden heeft de Europese wetgever op 26 oktober 2005 de Tiende Richtlijn betreffende grensoverschrijdende juridische fusie vastgesteld, welke van kracht is geworden op 15 december 2005.¹⁸² De Tiende Richtlijn voorziet in een communautaire regeling die grensoverschrijdende juridische fusie van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen binnen de lidstaten van de Europese Unie (EU) en de Europese Economische Ruimte (EER, bestaande uit de lidstaten van de EU en Noorwegen, Liechtenstein en IJsland) vergemakkelijkt en past binnen het streven naar voltooiing en goede werking van de interne markt.¹⁸³ De Tiende Richtlijn en de implementatiewetgevingen van de lidstaten bieden vanwege het wettelijk kader op die manier meer rechtszekerheid bij de uitvoering van grensoverschrijdende fusies die reeds mogelijk waren op basis van de vrijheid van vestiging, voordat de Tiende richtlijn en de daarop gebaseerde implementatiewetgevingen van kracht werden (zie par. 1.5.7.).

De reikwijdte van de Tiende Richtlijn is beperkt tot vennootschappen in de zin van artikel 1 Eerste richtlijn.¹⁸⁴ Dat zijn – in het algemeen – vennootschappen met een naamloos karakter en vennootschappen met een besloten karakter. Daarnaast vallen ook vennootschappen met (i) rechtspersoonlijkheid en (ii) een afgescheiden vermogen dat uitsluitend voor de schulden van de vennootschap kan worden aangesproken en (iii) die overeenkomstig de op haar van toepassing zijnde nationale wetgeving zich moet houden aan de waarborgen van de Eerste richtlijn om de belangen te beschermen van zowel de deelgerechtigden (aandeelhouders) als derden onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn.

De Tiende richtlijn ziet op (i) grensoverschrijdende fusie door middel van overnemings, waarbij de verkrijgende vennootschap blijft voortbestaan, (ii) grensoverschrijdende fusie door middel van oprichting, waarbij de verkrijgende vennootschap in het kader van de fusie nieuw wordt opgericht (artikel 2 lid 2 sub a en b Tiende Richtlijn) en (iii) grensoverschrijdende moeder-dochterfusie (artikel 2 lid 2

181 De hoogte van het minimum gestorte kapitaal volgt het nationale recht betreffende naamloze vennootschappen van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft. Indien de statutaire zetel van een SE in Nederland is gesitueerd, geldt artikel 2:67 lid 3 BW.

182 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, Pb EU L 310, 25 november 2005 en Artikel 20 Richtlijn 2005/56/EG.

183 Overweging 1 bij Richtlijn 2005/56/EG.

184 Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Pb L 065 van 14.03.1968 p. 8 – 12.

sub c Tiende Richtlijn). De Tiende Richtlijn ziet niet expliciet op fusies waarbij de verkrijgende vennootschap in het kader van de fusie nieuw wordt opgericht naar het recht van een andere lidstaat, waarmee bedoeld wordt: het recht van een lidstaat dat niet van toepassing is op één van de fuserende (verdwijnende) vennootschappen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor in het geval van een fusie tussen een Franse Société Anonyme (SA) en een Duitse Aktiengesellschaft (AG), waarbij beide vennootschappen verdwijnen en de verkrijgende vennootschap nieuw wordt opgericht in de vorm van een Nederlandse naamloze vennootschap.¹⁸⁵

1.5.9 Internationaal privaatrechtelijke beginselen bij grensoverschrijdende juridische fusies

Voordat de SE-Verordening en de Tiende richtlijn van kracht werden, bestonden in de literatuur, bij gebrek aan geschreven conflictregels in Europese regelgeving, bi- of multilaterale verdragen (al dan niet op Europees niveau) en de nationale Nederlandse wetgeving, verschillende opvattingen over het op een grensoverschrijdende juridische fusie toepasselijke recht, als grensoverschrijdende juridische fusie al toelaatbaar werd geacht.

In de eerste plaats bestond de opvatting dat op een grensoverschrijdende fusie het fusierecht moet worden toegepast dat van toepassing is op de bij de fusie verkrijgende vennootschap. Bij deze opvatting wordt er van uitgegaan dat wanneer voldaan is aan de mogelijkheden tot en de voorwaarden voor een fusie die opgenomen zijn in het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, een grensoverschrijdende fusie geëffectueerd kan worden, onafhankelijk van de mogelijkheden en de voorwaarden die gelden volgens het recht dat op de verdwijnende vennootschap(en) van toepassing is.

In de tweede plaats bestond de opvatting dat op een grensoverschrijdende fusie het fusierecht van de verdwijnende vennootschappen van toepassing is.¹⁸⁶ Bij deze leer wordt er vanuit gegaan dat louter een verkrijging van vermogen onder algemene titel plaatsvindt door de verkrijgende vennootschap, dat voor het van kracht worden van de fusie toebehoorde aan een door het recht van een andere staat beheerste vennootschap.

In de derde plaats bestond de opvatting dat op een grensoverschrijdende fusie zowel het fusierecht van de verkrijgende vennootschap dient te worden toegepast als het fusierecht van de verdwijnende vennootschap(en). Bij deze opvatting wordt het op de vennootschappen toepasselijke recht ('de vennootschapsstatuten') cumulatief toegepast. Deze leer werd reeds in 1966 in Duitsland gehuldigd en beschreven door

¹⁸⁵ Overigens heeft de Nederlandse wetgever expliciet bepaald dat een door Nederlands recht beheerste naamloze vennootschap of besloten vennootschap verkrijgende vennootschap kan zijn bij een grensoverschrijdende fusie tussen twee vennootschappen die worden beheerst door het recht van andere lidstaten (artikel 2:333c lid 1 BW). Zie hierover tevens: Van Veen, 'GS Rechtspersonen' art. 2:333c BW, aant. 1.1.2..

¹⁸⁶ Portengen en Steffens 2004, p. 566 – 572.

Günther Beitzke¹⁸⁷ en later ook verdedigd door Van Solinge in zijn dissertatie in 1994.¹⁸⁸ Bij deze leer wordt uitgegaan van het principe dat een grensoverschrijdende fusie geëffectueerd kan worden wanneer voldaan is aan alle voorschriften die gesteld worden door het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(en) en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap. Cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschappen is neergelegd in de SE-Verordening in het geval een SE wordt gevormd bij de fusie van naamloze vennootschappen (artikel 18 SE-Verordening) en in de SCE-Verordening in het geval bij een grensoverschrijdende fusie van coöperaties een SCE ontstaat (artikel 20 SCE-Verordening). Cumulatieve toepassing van het recht van de verkrijgende vennootschap en het recht van de verdwijnende vennootschap(en) is tevens de basis van de Tiende Richtlijn betreffende grensoverschrijdende juridische fusies (artikel 4 lid 1 sub b en lid 2 Tiende Richtlijn en Preambule 3 Tiende Richtlijn).

1.5.10 De Nederlandse implementatiewetgeving betreffende grensoverschrijdende juridische fusie

De Tiende Richtlijn is in Nederland geïmplementeerd door aan Titel 7 van Boek 2 BW een nieuwe afdeling toe te voegen, Afdeling 2.7.3A BW, en enkele wijzigingen aan te brengen in Afdeling 2.7.1 BW. Afdeling 2.7.3A BW bevat de artikelen 2:333b tot en met 2:333l BW. Tegelijkertijd is met het van kracht worden van de Wet grensoverschrijdende fusies artikel 2:334 BW, waarin de (nationale) driehoeksfusie geregeld werd, vernummerd tot artikel 2:333a BW.

Bij de implementatie van de Tiende Richtlijn is een nieuw lid 3 aan artikel 2:308 BW toegevoegd. In dit artikellid is bepaald dat Titel 7 Boek 2 BW, inhoudende algemene bepalingen omtrent nationale fusies (Afdeling 2.7.2 BW) en bijzondere bepalingen voor fusies van naamloze en besloten vennootschappen (Afdeling 2.7.3 BW) van toepassing is op een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een Europese coöperatieve vennootschap die fuseert met een kapitaalvennootschap of coöperatieve vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie (EU) of de Europese Economische Ruimte (EER).

De bepalingen betreffende nationale juridische fusie zijn vanwege artikel 2:308 lid 3 BW van overeenkomstige toepassing op grensoverschrijdende juridische fusies. Om die reden dienen bij grensoverschrijdende juridische fusies ook de bepalingen betreffende nationale juridische fusie te worden toegepast, voor zover deze laatste bepalingen niet in strijd zijn met de bepalingen omtrent grensoverschrijdende fusie of voor zover deze bepalingen niet buiten toepassing zijn verklaard in Afdeling 2.7.3A BW. Op die manier ontstaat een ‘gelaagde’ structuur,

187 Beitzke 1966, p. 14 – 35.

188 Van Solinge 1994, p. 202 e.v..

waardoor bij een grensoverschrijdende fusie de speciale regels betreffende grensoverschrijdende fusie worden toegepast en daarnaast tevens de algemene regels betreffende nationale fusies.

1.5.11 Vormen van grensoverschrijdende juridische fusie

1.5.11.1 Grensoverschrijdende juridische fusie door overneming

Conform artikel 2 lid 2 sub a Tiende richtlijn voorziet de Nederlandse wetgeving in de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie door middel van overneming, waarbij hetzij de Nederlandse vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap, hetzij de vennootschap welke wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat. De mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie door overneming vloeit voort uit artikel 2:309 BW en artikel 2:333b lid 1 BW.

1.5.11.2 Grensoverschrijdende juridische fusie door oprichting

Eveneens conform artikel 2 lid 2 sub b Tiende richtlijn voorziet de Nederlandse wetgeving in de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap. Dat betekent dat bij een fusie tussen een door Nederlands recht beheerste vennootschap en een door Duits recht beheerste vennootschap een nieuwe vennootschap kan worden opgericht, welke hetzij door Nederlands recht wordt beheerst, hetzij door Duits recht.

Daarnaast heeft de Nederlandse wetgever in artikel 2:333c lid 1 BW expliciet bepaald dat een door Nederlands recht beheerste naamloze of besloten vennootschap nieuw kan worden opgericht in het kader van een fusie tussen kapitaalvennootschappen die zijn opgericht naar het recht van andere lidstaten. Deze vorm van fusie wordt niet expliciet in de Tiende Richtlijn genoemd, maar wel in de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel 30 929 betreffende de implementatie van de Tiende richtlijn.¹⁸⁹

Een Nederlandse naamloze of besloten vennootschap kan verkrijgende, nieuw opgerichte vennootschap zijn bij een – vanuit Nederlands perspectief – inbound grensoverschrijdende fusie tussen kapitaalvennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een andere lidstaat van de EU of de EER (artikel 2:333c lid 1 BW). Volgens de Memorie van Toelichting is de fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap in een ‘derde’ land – niet zijnde Nederland – slechts mogelijk indien dat ‘derde’ land dat toestaat.¹⁹⁰ Het recht dat van toepassing is op de andere fuserende – in het kader van de fusie verdwijnende – vennootschappen hoeft naar mijn mening een dergelijke vorm van fusie niet expliciet toe staan om gebruik te

¹⁸⁹ *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 11.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 11.

kunnen maken van deze wettelijke regeling. Vanuit de optiek van iedere verdwijnende vennootschap maakt het immers geen verschil of de verkrijgende vennootschap wordt beheerst door hetzelfde recht als de andere verdwijnende vennootschap of dat de verkrijgende vennootschap wordt opgericht naar en beheerst door het recht van een andere, derde, lidstaat van de EU of de EER. Telkens is het resultaat van de grensoverschrijdende juridische fusie immers dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap aandeelhouder worden van een vennootschap die wordt beheerst door – vanuit hun oogpunt – vreemd recht. Uit het oogpunt van bescherming van crediteuren maakt dat ook niet uit: hun debiteur is in het vervolg de verkrijgende vennootschap, die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat. Het maakt daarbij niet uit of de verkrijgende vennootschap is opgericht naar of wordt beheerst door het recht van de lidstaat dat ook van toepassing is op één van de verdwijnende vennootschappen. Bovendien wordt bij de grensoverschrijdende fusie waarbij een SE ontstaat in het algemeen aangenomen dat de SE in een derde lidstaat kan worden opgericht.¹⁹¹ Voor het omgekeerde geval, waarin een door Nederlands recht beheerste vennootschap ophoudt te bestaan in het kader van een grensoverschrijdende fusie en de verkrijgende vennootschap wordt nieuw opgericht in een ‘derde’ land, is in de Memorie van Toelichting opgemerkt dat het Nederlandse recht zich niet tegen zo een fusie verzet.¹⁹²

1.5.11.3 Grensoverschrijdende juridische fusie en bijbetaling in geld

De Nederlandse wet staat in het kader van een juridische fusie geen bijbetaling toe, groter dan 10% van het nominale bedrag van de toegekende aandelen (artikel 2:325 lid 2 BW). Dit voorschrift geldt niet alleen voor nationale fusie, maar ook voor grensoverschrijdende fusies in de zin van Afdeling 2.7.3A BW, nu van deze bepaling in Afdeling 2.7.3A BW niet wordt afgeweken. Indien een Nederlandse naamloze vennootschap of besloten vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap, kan de bijbetaling in geld niet meer bedragen dan 10% van het nominale bedrag van de toe te kennen aandelen. Indien de bijbetaling meer bedraagt dan 10% van het nominale bedrag van de toe te kennen aandelen, kan de notaris de voetverklaring als bedoeld in artikel 2:318 lid 2 – die ook geldt voor grensoverschrijdende fusies waarbij de Nederlandse vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap (artikel 2:333i lid 5 BW) – niet afgeven. Indien een buitenlandse vennootschap verkrijgende vennootschap is en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap een bijbetaling van meer dan 10% wel toestaat, kan een dergelijke fusie wel doorgang vinden.¹⁹³ De notaris hoeft dan immers niet de verklaring als bedoeld in artikel 2:318 lid 2 BW af te geven. De notaris dient in dat

191 Van Boxel en Van Eck e.a. 2004, p. 40, Van Veen e.a. 2012, p. 131 en Lutter en Hommelhoff 2008, p. 212.

192 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 11.

193 Zaman 2007, p. 124, Van Boxel 2011, p. 124 en p. 298.

geval alleen een attest af te geven (artikel 2:333i lid 3 BW), maar het attest bevat geen verklaringen over de ruilverhouding van de aandelen en de eventuele bijbetalingen in geld krachtens de ruilverhouding.

Van Veen heeft echter een andere visie: hij is van mening dat de visie dat de bijbetalingsregeling zich uitsluitend richt tot de verkrijgende vennootschap niet zonder meer juist is. Volgens hem is de bijbetaling een onderdeel van het voorstel tot fusie en daarmee richt deze regel zich ook tot de verdwijnende vennootschap. Dat ligt volgens hem ook voor de hand 'om het juist de aandeelhouders van laatstgenoemde vennootschap aangaat'.¹⁹⁴ Hij lijkt hierbij mede een belang toe te kennen aan de bescherming van minderheidsaandeelhouders.

Naar mijn mening wordt de toekenning van aandelen in de verkrijgende vennootschap, als 'tegenprestatie' voor het verlies van de aandelen in de verdwijnende vennootschap, louter beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap. Het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap geldt in dat geval niet. De eventuele bijbetaling maakt ook deel uit van de 'tegenprestatie' en de hoogte van die bijbetaling, alsmede de wijze waarop die bijbetaling plaatsvindt, wordt beheerst door het recht dat op de verkrijgende vennootschap van toepassing is. Daarnaast geldt dat iedere lidstaat zelf de mogelijkheid heeft de belangen van minderheidsaandeelhouders afdoende te beschermen (artikel 4 lid 2 laatste zin Tiende richtlijn). Die bescherming vloeit niet, althans niet primair, voort uit de maximering van de bijbetaling.

1.5.11.4 Grensoverschrijdende driehoeksfusie

De nationale driehoeksfusie is geregeld in artikel 2:333a lid 1 BW. De driehoeksfusie is niet geharmoniseerd door middel van Richtlijn 2011/35/EU betreffende nationale juridische fusie. De driehoeksfusie is, als die is opgenomen in de wetgeving van een lidstaat, een creatie van nationale wetgever.

Dat de driehoeksfusie niet is geharmoniseerd door middel van Richtlijn 2011/35/EU – en vele lidstaten de driehoeksfusie om die reden niet in hun wetgevingen hebben opgenomen – neemt nog niet weg dat de driehoeksfusie niet in grensoverschrijdende context kan worden toegepast. De Tiende Richtlijn bevat geen bepalingen op grond waarvan lidstaten verplicht zijn de driehoeksfusie in hun wetgeving te regelen of de gevolgen van een driehoeksfusie te erkennen.

Een grensoverschrijdende driehoeksfusie is aan de orde wanneer de verdwijnende en/of de verkrijgende vennootschap door het recht van verschillende lidstaten worden beheerst dan het recht van de lidstaat dat van toepassing is op de groepsmaatschappij die aandelen toekent aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap.

Nederland heeft ter gelegenheid van de implementatie van de Tiende Richtlijn grensoverschrijdende driehoeksfusie opgenomen in de wet (artikel 2:333c lid 3

¹⁹⁴ Van Veen, 'GS *Rechtspersonen*', art. 2:333c BW, aant. 2.

BW). Alleen de – vanuit Nederlandse optiek – inbound grensoverschrijdende driehoeksfusie is opgenomen in de wet: zowel de verkrijgende vennootschap als de vennootschap die de aandelen toekent aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap – de groepsmaatschappij – moeten vennootschappen zijn met zetel in Nederland. Waarschijnlijk heeft de wetgever hiermee bedoeld dat de verkrijgende vennootschap en de vennootschap die aandelen toekent, moeten worden beheerst door Nederlands recht en dus hun statutaire zetel in Nederland moeten hebben, wat door het in Nederland gehuldigde incorporatiestelsel leidt tot toepassing van Nederlands recht.¹⁹⁵

Om een grensoverschrijdende inbound driehoeksfusie te effectueren, moet het recht van de lidstaat dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap toestaan dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap aandeelhouder worden van de groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap en niet van de verkrijgende vennootschap zelf. Met andere woorden: het nationale fusierecht van het recht van de lidstaat dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap, moet driehoeksfusies bij nationale fusies toestaan om een vennootschap – die beheerst wordt door het recht van die lidstaat – te laten deelnemen aan een grensoverschrijdende driehoeksfusie.

De grensoverschrijdende outbound driehoeksfusie, waarbij de Nederlandse vennootschap in het kader van de fusie verdwijnt en de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap aandelen toegekend krijgen in een groepsmaatschappij van de verkrijgende, door het recht van een andere lidstaat beheerste vennootschap – welke verkrijgende vennootschap ook een door Nederlands recht beheerste vennootschap zou kunnen zijn – valt niet onder de reikwijdte van Afdeling 2.7.3A BW. Naar mijn mening kan deze outbound-grensoverschrijdende driehoeksfusie worden uitgevoerd op basis van de vrijheid van vestiging (artikel 49 en 54 VwEU).¹⁹⁶

In de vrijheid van vestiging kan ook een basis worden gevonden voor de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende driehoeksfusies indien de grensoverschrijdende driehoeksfusie niet in het recht van de betrokken lidstaten is geregeld, maar de driehoeksfusie wel is geregeld in bepalingen die zien op nationale fusies. In dat geval mogen de wetgevingen van de lidstaten een grensoverschrijdende driehoeksfusie niet verhinderen. Is dat wel het geval, dan is de wetgeving van die betreffende lidstaat in strijd met de vrijheid van vestiging.¹⁹⁷ De vormen van fusie die lidstaten toestaan voor hun nationale rechtsvormen, moeten immers ook toegankelijk zijn voor rechtsvormen waarop het recht van andere lidstaten van toepassing is. Een belemmering voor rechtsvormen deel te nemen aan deze vormen van fusie levert een ongelijke behandeling op die in strijd is met de vrijheid van vestiging. De vrijheid van vestiging werkt echter niet zo ver, dat het de driehoeksfusie in andere lidstaten kan ‘introduceren’. Indien het recht van een lidstaat

¹⁹⁵ Zie artikel 2:66 lid 3 BW, artikel 2:177 lid 3 BW en artikel 10:118 BW.

¹⁹⁶ Van Eck en Roelofs 2008, p. 87.

¹⁹⁷ Zie par. 1.5.7. en HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03 (Sevic), «JOR» 2006, 31.

niet voorziet in een regeling omtrent (nationale) driehoeksfusie, dan kunnen vennootschappen waarop het recht van die lidstaat van toepassing is, ook niet betrokken zijn bij een grensoverschrijdende driehoeksfusie. Dit vloeit voort uit de *negatieve werking* van de vrijheid van vestiging.¹⁹⁸

1.5.11.5 Gefaciliteerde fusies: moeder-dochterfusie en zusterfusie

Het Nederlandse recht kent een aantal vormen van fusie waarvoor een vereenvoudigde procedure kan worden gevolgd. Het betreffen niet speciale verschijningsvormen van fusie, zoals de driehoeksfusie, maar wijken alleen af wat betreft de procedure tot fusie. Gefaciliteerde fusies zijn de fusie tussen een moedervernootschap als verkrijgende vennootschap en haar 100% dochtervernootschap als verdwijnende vennootschap (de ‘moeder-dochterfusie’, artikel 2:333 lid 1 BW) en de fusie tussen vennootschappen waarvan alle aandelen worden gehouden door dezelfde aandeelhouder en de verkrijgende vennootschap geen aandelen toekent ingevolge de akte van fusie (artikel 2:333 lid 2 BW), ook wel de ‘zusterfusie’ genoemd.

De vereenvoudiging van de procedure is gelegen in het feit dat kan worden volstaan met een eenvoudiger voorstel tot fusie, waarin geen gegevens zijn opgenomen omtrent de ruilverhouding van de aandelen (artikel 2:326 BW), een eenvoudiger toelichting op het voorstel tot fusie (artikel 2:327 BW), indien een toelichting op het voorstel tot fusie wordt gemaakt, tenzij alle aandeelhouders afzien van de toelichting op het voorstel tot fusie op basis van artikel 2:313 lid 5 BW en geen accountant betrokken is (artikel 2:328 BW).

Vanuit Nederlands perspectief zijn de moeder-dochterfusie en de zusterfusie ‘normale’ fusies door overnemering, waarbij alleen de procedure tot fusie is vereenvoudigd. Dat neemt niet weg dat de vereenvoudigde moeder-dochterfusie en de zusterfusie ook in grensoverschrijdend verband gebruikt kunnen worden, mits het recht dat op de andere fuserende vennootschap(pen) van toepassing is zich daar niet tegen verzet. Wat betreft de moeder-dochterfusie zal dat niet het geval zijn, omdat de vereenvoudigde moeder-dochterfusie is voorgeschreven op basis van artikel 24 Richtlijn 2011/35/EU en dus in alle lidstaten bekend is. De zusterfusie heeft echter geen basis in Richtlijn 2011/35/EU en daarom kan niet in alle gevallen de vereenvoudigde procedure worden gevolgd bij de fusie tussen vennootschappen waarop het recht van verschillende staten van toepassing is en die dezelfde aandeelhouder hebben.

1.5.11.6 Grensoverschrijdende fusie met niet-EU/EER-vennootschappen

De Tiende Richtlijn en de Afdeling 2.7.3A BW zien niet op grensoverschrijdende fusies tussen vennootschappen die beheerst worden door het recht van één van de

¹⁹⁸ Zie eveneens: De Wulf 2006, p. 11.

lidstaten van de EU of de EER enerzijds en vennootschappen die zijn opgericht naar of worden beheerst door het recht van een niet-EU of niet-EER-lidstaat anderzijds. Het Nederlandse recht bevat geen geschreven regels van internationaal privaatrecht voor dergelijke grensoverschrijdende fusies.

De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusies tussen EU/EER-vennootschappen en niet-EU/EER-vennootschappen kan niet aan de hand van Afdeling 2.7.3A BW beantwoord worden en de vrijheid van vestiging zoals opgenomen in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie werkt in deze verhoudingen niet: één van de fuserende vennootschappen is immers niet in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat opgericht – wordt niet beheerst door het recht van één van de staten van de EU of EER – of heeft haar statutaire zetel, hoofdvestiging of hoofdbestuur niet binnen de EU of EER (artikel 54 VwEU). Eveneens kunnen om die redenen de overwegingen uit het Sevic-arrest niet worden toegepast bij de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van deze grensoverschrijdende fusies.

Bij gebrek aan een geschreven wettelijke regeling voor deze grensoverschrijdende fusies, zal voor de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid daarvan vanuit Nederlands oogpunt moeten worden teruggevallen op de (ongeschreven) regels van ipr, zoals die reeds golden voor het van kracht worden van de Tiende richtlijn en Afdeling 2.7.3A BW. Van Solinge heeft in zijn proefschrift in 1994 verdedigd dat, zonder dat op dat moment enige communautaire, noch een nationale wettelijke basis bestond voor grensoverschrijdende fusies, grensoverschrijdende fusies vanuit Nederlands oogpunt niet ontoelaatbaar waren.¹⁹⁹ Naar mijn mening geldt die opvatting nog steeds voor fusies die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn en Afdeling 2.7.3A BW vallen.

Sommige lidstaten van de EU, zoals Luxemburg, stonden reeds voordat de Tiende richtlijn van kracht werd – en nog steeds – grensoverschrijdende fusies met vennootschappen die worden beheerst door het recht van een niet EU/EER-lidstaat toe, onder de voorwaarde dat het recht dat van toepassing is op de andere fuserende vennootschappen, grensoverschrijdende fusie ook toelaten op basis van het zogenoemde *reciprociteitsbeginsel*.²⁰⁰ Op grond van deze bepaling in het Luxemburgse recht kunnen grensoverschrijdende fusies van vennootschappen beheerst door Luxemburgs recht met vennootschappen die worden beheerst door het recht van niet-EU/EER-lidstaten uitgevoerd worden, ook na het van kracht worden van de Tiende Richtlijn. Voorwaarde hierbij is dat het recht dat van toepassing is op de andere fuserende vennootschap grensoverschrijdende fusies ook toelaat. Op die manier kunnen bijvoorbeeld grensoverschrijdende fusies tussen een vennootschap opgericht naar het recht van Luxemburg en het recht van de staat Delaware (Verenigde Staten van Amerika) plaatsvinden.

199 Van Solinge 1994, p. 173 – 178.

200 Vgl. artikel 257 La loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (Luxemburg), Memorial Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, A – No. 46, 30 mars 2007.

Indien een Nederlandse vennootschap grensoverschrijdend wenst te fuseren met een vennootschap uit een niet-EU/EER-lidstaat, zoals een vennootschap naar het recht van de staat Delaware (VS), kan, bij onzekerheid of deze vorm van grensoverschrijdende fusie toelaatbaar is, de Nederlandse vennootschap eerst grensoverschrijdend fuseren met een Luxemburgse vennootschap (die al dan niet in het kader van de fusie of voorafgaande aan de fusie wordt opgericht). De Nederlandse vennootschap verdwijnt dan in het kader van de fusie. Vervolgens kan de Luxemburgse vennootschap grensoverschrijdend fuseren met de vennootschap uit de niet-EU/EER-lidstaat.

Als alternatief voor de fusie tussen de Nederlandse vennootschap en de Luxemburgse vennootschap zou de Nederlandse vennootschap grensoverschrijdend kunnen worden omgezet in een Luxemburgse vennootschap, daarbij gebruikmakend van de vrijheid van vestiging als bedoeld in artikel 49 en 54 VwEU en de Luxemburgse wetgeving (ze tevens paragraaf 1.4.5.1.).²⁰¹ Als ander alternatief kunnen de mogelijkheden die de SE-Verordening biedt worden gebruikt. Een Nederlandse naamloze vennootschap kan worden omgezet in een SE met statutaire en werkelijke zetel in Nederland (artikel 37 SE-Verordening). Vervolgens kan de statutaire zetel van de SE verplaatst worden (artikel 8 SE-Verordening). Daarna kan de SE worden omgezet in een Luxemburgse Société Anonyme (artikel 66 SE-Verordening). Ten slotte kan de door Luxemburgs recht beheerste vennootschap grensoverschrijdend fuseren met een niet-EU/EER-vennootschap.

1.5.11.7 ‘Grensoverschrijdende’ fusie binnen het Koninkrijk der Nederlanden

In verhouding tot andere landen binnen het Koninkrijk der Nederlanden – Aruba, Curaçao en Sint Maarten – en de openbare lichamen van het land Nederland – Bonaire, Saba en Sint Eustatius – doet zich de merkwaardige situatie voor dat deze landen en openbare lichamen weliswaar deel uit maken van het Koninkrijk der Nederlanden, respectievelijk het land Nederland, maar dat rechtspersonen die worden beheerst door het recht van deze landen of openbare lichamen niet betrokken kunnen zijn bij een ‘grensoverschrijdende’ fusie met een door Nederlands recht beheerste vennootschap.

Het recht van Curaçao biedt de mogelijkheid tot inbound- en outbound grensoverschrijdende fusie, maar alleen indien het recht dat van toepassing is op de buitenlandse rechtspersoon die betrokken is bij de grensoverschrijdende fusie zich niet verzet tegen de grensoverschrijdende fusie en de wijze waarop deze tot stand komt.²⁰² Artikel 2:333b lid 1 BW – waarin de reikwijdte van Afdeling 2.7.3A BW is beperkt tot grensoverschrijdende fusies van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met kapitaalvennootschappen naar het recht van andere

²⁰¹ Zie HvJ EG 16 december 2008, Cartesio, Zaak C-210/06, Jurisprudentie 2008, p. I-09641.

²⁰² Artikel 2:323a en artikel 2:323b Landsverordening van de 15^{de} december 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (Curaçao).

lidstaten van de EU – staat in de weg aan een grensoverschrijdende fusie van een door Nederlands recht beheerste vennootschap met een door het recht van Curaçao beheerste vennootschap.²⁰³ Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de openbare lichamen Bonaire, Saba en Sint Eustatius maken immers geen deel uit van de EU.

Het recht van Sint Maarten biedt, net als het recht van Curaçao, onder dezelfde voorwaarden de mogelijkheid tot inbound- en outbound grensoverschrijdende fusie,²⁰⁴ maar ook bij een grensoverschrijdende fusie tussen een vennootschap beheerst door het recht van Sint Maarten en een Nederlandse vennootschap is artikel 2:333b lid 1 BW een beperkende factor waardoor zo een grensoverschrijdende fusie niet mogelijk is.

Het recht van Aruba biedt eveneens de mogelijkheid tot inbound- en outbound grensoverschrijdende fusie,²⁰⁵ zij het dat ook hierbij als eis geldt dat het recht dat de buitenlandse vennootschap beheerst de grensoverschrijdende fusie moet toestaan.²⁰⁶

Het recht van de openbare lichamen Bonaire, Saba en Sint Eustatius bieden vooralsnog alleen de mogelijkheid tot inbound grensoverschrijdende fusie, mits het recht dat de buitenlandse rechtspersoon beheerst zich niet tegen de fusie en de wijze waarop deze tot stand komt verzet.²⁰⁷

Gezien de beperkte reikwijdte van Afdeling 2.7.3A BW bestaan er geen mogelijkheden tot een directe grensoverschrijdende fusie tussen enerzijds vennootschappen beheerst door Nederlands recht en anderzijds vennootschappen beheerst door het recht van Aruba, Curaçao en Sint Maarten of Bonaire, Sint Eustatius of Saba. Dergelijke grensoverschrijdende fusies kunnen bij de huidige stand van de wetgeving alleen geëffectueerd worden door middel van een ‘tussenstop’ in een andere lidstaat van de EU, waarvan het recht grensoverschrijdende fusie met of grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen die niet worden beheerst door het recht van een EU-lidstaat toestaat.

1.6 Reorganisatiemethoden naar ‘vreemd recht’

1.6.1 Inleiding

Als alternatief voor grensoverschrijdende juridische splitsing kunnen, al dan niet in combinatie met overdracht van activa en/of passiva, aandelen, een grensoverschrijdende omzetting of een grensoverschrijdende juridische fusie, reorganisatiemethoden

203 Curaçao maakt, net als Aruba, Sint Maarten, Bonaire, Sint Eustatius en Saba, geen deel uit van de EU.

204 Afkondigingsblad van Sint Maarten 2014 No. 11, Landsverordening van de 9^{de} januari 2014 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (Landsverordening herziening Boek 2 BW).

205 Artikel 85 en artikel 85 Landsverordening vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (Aruba).

206 Zie tevens: Van Veen en Bellingwout 2008, p. 170, 171.

207 Artikel 2:323a Burgerlijk Wetboek BES.

gebruikt worden die alleen mogelijk zijn krachtens ‘vreemd recht’, waaronder ik in dit verband niet-Nederlands recht versta.

Reorganisatiemethoden naar ‘vreemd recht’ ontleen hun bestaan louter aan de nationale wetgeving van een andere staat. De kans is aanwezig dat een reorganisatiemethode die alleen een basis heeft in het nationale recht van een staat, niet bekend is in het recht van een andere staat. Binnen de lidstaten van de EU is vooralsnog alleen voorzien in harmonisatie van nationale en grensoverschrijdende juridische fusie – door middel van de Derde richtlijn, Richtlijn 2011/35/EU en de Tiende richtlijn – en juridische splitsing – door middel van de Zesde richtlijn –, waarvan implementatie semi-dwingend is (zie hierover paragraaf 2.4.). Buiten het kader van deze richtlijnen hebben lidstaten zelf de mogelijkheid regels op te nemen voor reorganisatiemethoden – mits deze niet in strijd zijn met dwingende bepalingen van deze richtlijnen – en kunnen daar al dan niet de consequentie van een overgang onder algemene titel aan verbinden. Het gevolg daarvan is dat de reorganisatiemethoden, die niet onder de reikwijdte van enige richtlijn vallen, niet voorkomen in het Nederlandse recht en kwalificeren als een reorganisatiemethode naar ‘vreemd’ recht.

Een door Nederlands recht beheerste vennootschap kan niet betrokken zijn bij een reorganisatiemethode naar vreemd recht, als het Nederlandse recht niet in eenzelfde reorganisatiemethode voorziet. Binnen de lidstaten van de EU werkt de vrijheid van vestiging niet zo ver door dat reorganisatiemethoden naar vreemd recht in een andere lidstaat door de vrijheid van vestiging kunnen worden geïntroduceerd. Dat vloeit voort uit de *negatieve werking van de vrijheid van vestiging*. De vrijheid van vestiging is een verbodsbepaling, krachtens welke beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden zijn (artikel 49 VwEU). Het niet kunnen benutten van een reorganisatiemethode krachtens het recht van een andere lidstaat is niet in strijd met de vrijheid van vestiging. Dit alles neemt echter niet weg dat activa en passiva met een bepaalde band met Nederland, zoals aandelen in een door Nederlands recht beheerste vennootschap, ten gevolge van een reorganisatiemethode naar vreemd recht kunnen overgaan op een andere vennootschap.

In het vervolg zullen enkele reorganisatiemethoden naar Duits recht, Belgisch recht en Frans recht behandeld worden. Daarna zal toegelicht worden hoe vanuit Nederlands oogpunt die reorganisaties *erkend* kunnen worden.

1.6.2 Reorganisaties naar Duits recht

Het Duitse recht kent een aantal reorganisatievormen die niet rechtstreeks hun basis hebben in Richtlijn 2001/35/EU of de Zesde richtlijn. In het vervolg zal ik de Ausgliederung, de Vermögensübertragung en de betrokkenheid van natuurlijke personen bij Verschmelzung (fusie) en Spaltung (splitsing) behandelen. Tevens zal ik aandacht besteden aan de betrokkenheid van natuurlijke personen bij andere reorganisatiemethoden.

1.6.2.1 Ausgliederung

Ausgliederung is een bijzondere vorm van Spaltung (splitsing) en is opgenomen in het Umwandlungsgesetz waarin ook Verschmelzung (fusie), Aufspaltung (zuivere splitsing), Abspaltung (afsplitsing), Vermögensübertragung (vermogensoverdracht) en Formwechsel (rechtsvormwijziging) geregeld zijn (§ 1 Umwandlungsgesetz).

Bij Ausgliederung gaat een deel of meerdere delen van het vermogen van een overdragende Rechtsträger (overdragende entiteit) onder algemene titel – de zogenoemde ‘Gesamtrechtsnachfolge’ – over op één of meerdere bestaande of nieuw op te richten nieuwe entiteiten (§ 123 (3) Umwandlungsgesetz). Bij Aufspaltung en Abspaltung worden aandelen of lidmaatschapsrechten toegekend in de verkrijgende entiteit aan de aandeelhouders of leden van de splitsende entiteit (§ 123 (1, 2) Umwandlungsgesetz). Bij Ausgliederung is dat echter niet het geval. Bij Ausgliederung worden geen aandelen of lidmaatschapsrechten toegekend aan de aandeelhouders van de splitsende entiteit, maar aan de overdragende entiteit zelf.

Ausgliederung kan toegepast worden bij verschillende entiteiten (Spaltungsfähige Rechtsträger): Personenhandels Gesellschaften, waaronder offene Handelsgesellschaften en Kommanditgesellschaften), Partnerschaftsgesellschaften, Kapitalgesellschaften, waaronder Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften en Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetragene Genossenschaften, eingetragene Vereine (in de zin van § 21 Bürgerlichen Gesetzbuch), genossenschaftliche Prüfungsverbände en Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Daarnaast kunnen als overdragende entiteit optreden: wirtschaftliche Vereine, Einzelkaufleute, Stiftungen, Gebietskörperschaften of Zusammenschlüsse von Gebietskörperschaften, die geen Gebietskörperschaften zijn (§ 124 Umwandlungsgesetz).

Ausgliederung heeft geen directe basis in de Zesde richtlijn. In de Zesde richtlijn is splitsing gedefinieerd als ‘de rechtshandeling waarbij vermogen van een vennootschap (...) op verscheidene vennootschappen overgaat tegen uitreiking aan de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap van aandelen van de vennootschappen die delen in het gesplitste vermogen’ (artikel 2 lid 1 en 21 lid 1 Zesde richtlijn, zie tevens paragraaf 2.5.1.). De Zesde richtlijn ziet niet op een vorm van splitsing waarbij aandelen worden toegekend aan de splitsende vennootschap zelf.

De Ausgliederung kan vergeleken worden met de hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW. De hybride splitsing is een vorm van afsplitsing waarbij alle vennootschappen bij de splitsing worden opgericht en de splitsende vennootschap daarvan bij de splitsing enig aandeelhouder wordt (zie tevens paragraaf 3.8.1.). Bij de hybride splitsing worden de leden of aandeelhouders van de splitsende vennootschap geen lid of aandeelhouder van de verkrijgende vennootschappen (artikel 2:334e lid 3 sub a BW). De mogelijkheden tot Ausgliederung zijn echter breder dan de mogelijkheid tot hybride splitsing in het Nederlandse recht. Bij een hybride splitsing kunnen slechts de vennootschappen als bedoeld in Boek 2 BW betrokken zijn als splitsende vennootschap en kunnen slechts naamloze en/of

besloten vennootschappen worden opgericht, bij de Ausgliederung is de kring van übertragende Rechtsträger en übernehmende Rechtsträger beduidend groter dan alleen de rechtsvormen die overeenkomen met de vennootschappen uit Boek 2 BW. Daarnaast kan de hybride splitsing slechts worden toegepast bij nieuw op te richten naamloze of besloten vennootschappen, terwijl de Ausgliederung ook kan worden toegepast bij reeds bestaande übernehmende Rechtsträger.

1.6.2.2 Vermögensübertragung

Vermögensübertragung is één van de wijzen van Umwandlung die in het Umwandlungsgesetz geregeld zijn (§1 (3) sub 3 Umwandlungsgesetz). Bij Vermögensübertragung gaat vermogen onder algemene titel over op een verkrijger. De vennootschappen die vermogen kunnen overdragen en kunnen verkrijgen krachtens een Vermögensübertragung zijn beperkt. Een kapitaalvennootschap kan slechts vermogen overdragen aan de Bund, een Land, een Gebietskörperschaft of een samenstel van Gebietskörperschaften. Voorts is Vermögensübertragung alleen mogelijk van (i) een Versicherungs-Aktiengesellschaft aan een Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit of aan een öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmung, (ii) een Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit aan een Versicherungs-Aktiengesellschaft of aan een öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmung of (iii) een öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmung aan een Versicherungs-Aktiengesellschaft of aan een Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (§ 175 Umwandlungsgesetz).

De Vermögensübertragung kan in twee vormen plaatsvinden: als ‘Vollübertragung’ en als ‘Teilübertragung’. Bij Vollübertragung vindt een overdracht van het gehele vermogen plaats van de übertragender Rechtsträger aan één reeds bestaande overnemende Rechtsträger. In ruil voor deze overdracht worden geen aandelen toegekend aan de aandeelhouders van de übertragender Rechtsträger, maar krijgen zij een andere tegenprestatie. De übertragender Rechtsträger wordt ontbonden, zonder dat het vermogen wordt vereffend (§ 174 Abs. 1 Umwandlungsgesetz). Bij Vollübertragung houdt de übertragender Rechtsträger op te bestaan, bij Teilübertragung niet. Bij Teilübertragung gaat het vermogen over op de übernehmender Rechtsträger door middel van Aufspaltung (zuivere splitsing), Abspaltung (afsplitting) of Ausgliederung. De tegenprestatie komt bij Aufspaltung en Abspaltung toe aan de aandeelhouders van de übertragender Rechtsträger, bij Ausgliederung aan de übertragender Rechtsträger zelf.

De Vermögensübertragung kent geen pendant in het Nederlandse recht. De gevolgen van een Vermögensübertragung kunnen in het Nederlandse recht slechts nagebootst worden door middel van een overdracht van activa en passiva onder bijzondere titel.

1.6.2.3 Betrokkenheid van natuurlijke personen bij Verschmelzung en Spaltung

In het Umwandlungsgesetz is ook een rol toebedeeld aan natuurlijke personen: natuurlijke personen kunnen betrokken zijn bij een Verschmelzung (fusie) en een Spaltung (splitsing). Bij een fusie kan het vermogen van een kapitaalvennootschap (Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien) overgaan op een natuurlijk persoon, mits die enig aandeelhouder is van de verdwijnende vennootschap (§ 3 Abs. 2 (2) Umwandlungsgesetz). De fusie waarbij het vermogen van een vennootschap overgaat op haar enig aandeelhouder, wordt gezien als een bijzondere vorm van concernfusie.²⁰⁸

De fusie waarbij het vermogen van een verdwijnende vennootschap overgaat op de enig aandeelhouder (natuurlijk persoon) heeft geen basis in Richtlijn 2011/35/EU, noch in de Twaalfde richtlijn betreffende de eenpersoonsvennootschap.²⁰⁹

Het Nederlandse recht kent geen vergelijkbare mogelijkheid tot overgang van vermogen van een vennootschap of rechtspersoon op een natuurlijk persoon, zijnde de enig aandeelhouder van een kapitaalvennootschap. De limitatieve opsomming van de wijzen waarop vermogen onder algemene titel kan worden verkregen in artikel 3:80 BW sluit dat uit.

Bij Spaltung (splitsing) kan een natuurlijk persoon ook betrokken zijn, mits die natuurlijk persoon 'Einzelkaufmann' of 'Einzelkauffrau' is. Bij Aufspaltung (zuivere splitsing) en Abspaltung (afsplitsing) kunnen als übertragende Rechtsträger ook Einzelkaufleute betrokken zijn (§ 124 (1) Umwandlungsgesetz).

1.6.3 Reorganisaties naar Belgisch recht

Naar Belgisch recht kan vermogen van een vennootschap onder algemene titel overgaan op een andere vennootschap door middel van (juridische) fusie (artikel 671 Wetboek van Vennootschappen, hierna afgekort: Wb.Venn) en (juridische) splitsing (artikel 673 Wb.Venn). Daarnaast kent het Belgische recht nog enige andere rechtshandelingen waarbij een vermogensovergang onder algemene titel plaatsvindt. Het betreft bijvoorbeeld (i) de inbreng van een algemeenheid, (ii) de inbreng van een bedrijfstak in een vennootschap door een andere vennootschap en (iii) de overdracht van een bedrijfstak, indien gekozen wordt voor een gelijkstelling van de operatie met de inbreng van een bedrijfstak.²¹⁰ Een bedrijfstak vormt een geheel dat op technisch en organisatorisch gebied een autonome activiteit uitoefent en op eigen kracht kan werken. Een bedrijfstak is daarmee een zelfstandig onderdeel van een onderneming.

208 Lutter en Drygala, § 3 Abs. 2, Nr. 2, Rz. 11, p. 221.

209 Twaalfde Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 inzake het vennootschapsrecht betreffende eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (89/667/EEG), Pb EG L 395, 30.12.1989, p. 40.

210 Storme 2012, p. 265.

De inbreng van een algemeenheid omvat de inbreng van het gehele vermogen van een vennootschap in een andere vennootschap. Inbreng van een algemeenheid is de rechtshandeling waarbij een vennootschap haar gehele vermogen, zonder ontbinding, overdraagt aan één of meer bestaande of nieuwe vennootschappen tegen een vergoeding die uitsluitend bestaat in aandelen van de verkrijgende vennootschap (pen) (artikel 678 Wb.Venn). De aandelen komen toe aan de overdragende vennootschap, welke als holding gaat functioneren.²¹¹

De inbreng in een vennootschap van een bedrijfstak door een andere vennootschap is de rechtshandeling waarbij een vennootschap, zonder ontbinding, een bedrijfstak alsmede de daaraan verbonden activa en passiva overdraagt aan een andere vennootschap tegen een vergoeding die uitsluitend bestaat in aandelen van de verkrijgende vennootschap (artikel 679 Wb.Venn). De aandelen komen toe aan de overdragende vennootschap. De inbreng van een bedrijfstak verschilt alleen van de inbreng van een algemeenheid omdat bij de inbreng van een bedrijfstak slechts de inbreng van een bedrijfstak mogelijk is, welk begrip nauwkeurig omschreven is in artikel 680 Wb.Venn. Een bedrijfstak vormt een geheel dat op technisch en organisatorisch gebied een autonome activiteit uitoefent en op eigen kracht kan werken.

Bij een overdracht om niet of onder bezwarende titel van een algemeenheid of van een bedrijfstak, kunnen de partijen kiezen voor gelijkstelling van de operatie met de inbreng van bedrijfstak (art. 770 Wb.Venn.) Hierdoor vindt een vermogensovergang onder algemene titel plaats.

1.6.4 Dissolution sans liquidation naar Frans recht

Naar Frans recht kan een overgang onder algemene titel plaatsvinden bij de ontbinding van een vennootschap, zonder vereffening van het vermogen ('dissolution sans liquidation'). De dissolution sans liquidation is mogelijk bij een ontbinding van een vennootschap met een enig aandeelhouder, mits die aandeelhouder een rechtspersoon is. Naar Frans recht kunnen alleen een Société à responsabilité limitée (SARL) en een Société par Actions Simplifiée (SAS) een enig aandeelhouder hebben. De regeling omtrent de ontbinding zonder vereffening is niet gebaseerd op enige Europese richtlijn, maar is een bepaling van nationaal recht, welke is opgenomen in artikel 1844-5 Code Civil. Ten gevolge van de ontbinding gaat het vermogen van de (dochter)vennootschap onder algemene titel over op de moeder-vennootschap.²¹²

Een vergelijking van de dissolution sans liquidation kan worden gemaakt met de moeder-dochterfusie naar Nederlands recht, waarbij de dochtervennootschap in de moedervennootschap verdwijnt (artikel 2:333 lid 1 BW).

211 Nieuwdorp 1996, p. 121.

212 Van Eck 2009, p. 5 – 8.

1.6.5 Erkenning van 'vreemde' overgangen

1.6.5.1 Inleiding

Zoals hiervoor uiteengezet, kan een 'vreemde' overgang, welke niet bekend is in het Nederlandse recht, niet worden geïntroduceerd in het Nederlandse recht, wanneer het Nederlandse recht een dergelijke overgang niet kent. De introductie van een 'vreemde' overgang kan ook niet plaatsvinden op basis van de vrijheid van vestiging, omdat de vrijheid van vestiging slechts *negatieve* werking heeft en geen *positieve* werking.²¹³ De confrontatie van het Nederlandse recht met buitenlandse, 'vreemde' vormen van reorganisatie betreft dan ook de vraag of een dergelijke 'vreemde' overgang erkend dient te worden in Nederland.

1.6.5.2 Erkenning van buitenlandse fusies

Wat betreft de erkenning van 'vreemde' overgangen zijn twee belangrijke uitspraken bekend: één van de Hoge Raad en één van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. In het arrest van de Hoge Raad stond een fusie naar Italiaans recht centraal van drie door Italiaans recht beheerste vennootschappen.²¹⁴ In dit arrest, waarin de vraag centraal stond of de in het kader van de fusie verdwenen vennootschappen waren ontbonden en vereffend en fiscale verliezen op Nederlandse deelnemingen konden worden verrekend, stelde de Hoge Raad de Italiaanse fusie gelijk met de fusie naar Nederlands recht.

In de uitspraak van de Ondernemingskamer stond een fusie naar Frans recht tussen twee door Frans recht beheerste vennootschappen centraal.²¹⁵ Van belang was in dit geval, in een enquêteprocedure, of aandelen in een Nederlandse besloten vennootschap onder algemene titel waren overgegaan op de verkrijgende, eveneens door Frans recht beheerste vennootschap en of deze overgang naar Nederlands ipr erkend diende te worden. De Ondernemingskamer kwam tot de conclusie dat de overgang naar Nederlands ipr erkend moest worden, hetgeen tot gevolg had dat de geldende blokkeringsregeling niet in acht genomen hoefde te worden. Vlas merkte op dat zowel Frankrijk als Nederland bovendien de Derde richtlijn betreffende nationale fusie (thans Richtlijn 2011/35/EU) hebben geïmplementeerd. Dat artikel 3:80 BW voor fusie en splitsing uitdrukkelijk verwijst naar de bepalingen uit Titel 2.7 BW betreffende fusie en splitsing, doet nog niet af aan het feit dat een fusie of splitsing naar buitenlands recht niet zou kunnen leiden tot een vermogensovergang onder algemene titel.²¹⁶

213 De Wulf 2006, p. 11.

214 HR 24 oktober 1990, BNB 1991/2.

215 Hof Amsterdam (OK) 13 juni 1991, NJ 1991, 669.

216 Vlas 2009, p. 220.

Volgens Vlas moet ook een fusie, die zich in een staat, niet zijnde een lidstaat van de EU, afspeelt, erkend worden. De voorwaarde voor erkenning is dat de fusie voldoet aan de eisen van de betreffende staat en aldaar rechtsgeldig is. Daarnaast moeten volgens Vlas ook de rechtsgevolgen van een fusie overeenkomen met die van een juridische fusie naar Nederlands recht.²¹⁷

1.6.5.3 Erkenning van ‘vreemde overgangen’

Algemeen

Op Europees niveau bestaan geen regelingen die expliciet zien op de erkenning van rechtshandelingen die een overgang onder algemene titel tot gevolg hebben, de regeling omtrent grensoverschrijdende fusie uitgezonderd. Verdragen op dit terrein bestaan evenmin. Ook in het Nederlandse recht bestaan geen regelingen die specifiek zien op de erkenning van ‘vreemde’ overgangen, zoals bijvoorbeeld de in paragraaf 1.6.2.2. beschreven Vermögensübertragung naar Duits recht. De vraag is of dergelijke overgangen erkend moeten worden in Nederland. Net als bij een nationale fusie naar het recht van een andere staat kunnen bij een vreemde overgang bijvoorbeeld aandelen op naam in een Nederlandse besloten vennootschap of Nederlandse situsgoederen onder algemene titel overgaan.

Erkenning van ‘buitenlandse fusie’

Bij de beantwoording van de vraag of een overgang naar vreemd recht en de gevolgen daarvan erkend moeten worden in Nederland, kan teruggevallen worden op het hiervoor beschreven arrest van de Hoge Raad van 24 oktober 1990 en de uitspraak van de Ondernemingskamer van 13 juni 1991. In die gevallen werd een nationale fusie naar Italiaans, respectievelijk Frans recht, en de gevolgen daarvan, erkend. Die erkenning was voornamelijk gebaseerd op het feit dat de fusie naar Italiaans recht, respectievelijk Frans recht, gelijk gesteld kon worden met de fusie naar Nederlands recht.

Naar mijn mening kan een overgang naar vreemd recht zonder meer erkend worden op basis van bovengenoemde rechtspraak, wanneer de rechtshandeling, waaruit de overgang voortvloeit, (i) naar intern, nationaal recht geldig is en (ii) de gevolgen van die rechtshandeling overeenkomen met die van een rechtshandeling naar Nederlands recht. Een voorbeeld hiervan is de Ausgliederung naar Duits recht, welke overgang in sommige gevallen overeenkomsten vertoont met de afsplitsing naar een dochtervennootschap, waarbij de afsplitsende rechtspersoon aandeelhouder wordt van de verkrijgende vennootschap (de zogenoemde ‘hybride splitsing’ in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW). Dat een overgang naar vreemd recht niet of niet rechtstreeks gebaseerd is op een Europese richtlijn doet aan de erkenning niet af. Ook een fusie, welke wordt beheerst door het recht van een niet-EU-lidstaat en geldig is krachtens het recht van die staat, wordt in Nederland erkend.

²¹⁷ Vlas 2002, p. 678.

Vreemde overgangen kunnen ook het gevolg zijn van een rechtshandeling die geen pendant kent in het Nederlandse recht. Een voorbeeld hiervan is de overgang onder algemene titel krachtens overeenkomst, zoals in het Belgische recht de inbreng van een algemeenheid of een bedrijfstak en de dissolution sans liquidation in het Franse recht. Deze rechtshandelingen zijn weliswaar onbekend in het Nederlandse recht, maar hebben wel een rechtsgevolg dat bekend is in het Nederlandse recht, namelijk: een overgang onder algemene titel. De vraag is of die rechtshandelingen – en ook de gevolgen van die rechtshandeling, waaronder de overgang onder algemene titel – erkend moet worden in Nederland.

Formele en materiële geldigheid en kwalificatie van een vreemde overgang

De formele geldigheid van rechtshandelingen wordt in het Nederlands ipr bepaald aan de hand van de vereisten die gesteld worden door het recht dat op de rechtshandeling zelf van toepassing is. Voldoet de rechtshandeling aan de vormvereisten van het recht dat op de rechtshandeling zelf van toepassing is, of van het recht van de staat waar de rechtshandeling is verricht (artikel 10:12 lid 1 BW), dan wordt vanuit Nederlands ipr-perspectief de rechtshandeling formeel geldig geacht.

Van de formele geldigheid van een rechtshandeling moet de materiële geldigheid onderscheiden worden. De materiële geldigheid van een rechtshandeling wordt bepaald aan de hand van de wet die volgens de ‘gewone’ verwijzingsregels van toepassing is op een rechtshandeling (de *lex causae*).²¹⁸

Bij de bepaling van de materiële geldigheid van een rechtshandeling die een overgang tot gevolg heeft, moet eerst de rechtshandeling worden gekwalificeerd. De kwalificatie gaat vooraf aan het bepalen van het toepasselijke recht op die rechtshandeling aan de hand van conflictregels. Voor deze kwalificatie bestaan verschillende mogelijkheden: (i) kwalificatie aan de hand van de *lex fori*, (ii) kwalificatie aan de hand van de *lex causae* of (iii) kwalificatie aan de hand van een rechtsvergelijkende of autonome opvatting.²¹⁹ Bij een overgang naar vreemd recht ligt het het meest voor de hand wanneer de rechtshandeling wordt gekwalificeerd aan de hand van de *lex causae*, het recht dat op de rechtshandeling van toepassing is. Kwalificatie aan de hand van de *lex fori* zou tot praktische problemen kunnen leiden omdat de rechtshandeling in het eigen – in dit geval, vanuit Nederlands perspectief: Nederlandse – rechtstelsel onbekend is. Kwalificatie aan de hand van een rechtsvergelijkende of autonome opvatting acht Strikwerda naar de huidige stand van het ipr ‘te hoog gestemd’.²²⁰

Voorafgaand aan de kwalificatie van de rechtshandeling naar de *lex causae*, moet naar Nederlands ipr – de *lex fori* – de *lex causae* bepaald worden. Naar Nederlands ipr kan een overgang naar vreemd recht hetzij tot de verwijzingscategorie ‘overeenkomstenrecht’ gerekend worden, hetzij tot de verwijzingscategorie ‘vennootschapsrecht’.

218 Vlek 2010, p. 69 – 71.

219 Strikwerda 2012, p. 40.

220 Strikwerda 2012, p. 43.

Indien een overgang naar vreemd recht tevens het ophouden van het bestaan van een rechtspersoon betekent, moet de rechtshandeling onder de verwijzingscategorie ‘vennootschapsrecht’ geschaard worden. Volgens artikel 10:119 sub f BW beheerst het op een corporatie toepasselijke recht – in de zin van artikel 10:117 sub a BW –, onder meer de beëindiging van het bestaan van de corporatie. Bijvoorbeeld bij een dissolution sans liquidation naar Frans recht houdt de dochtervennootschap op te bestaan en naar Nederlands recht kan deze rechtshandeling dan ook worden geschaard onder het vennootschapsrecht.

Houdt de vennootschap niet op te bestaan, dan valt de rechtshandeling die een vreemde overgang tot gevolg heeft naar Nederlands ipr niet per definitie onder de verwijzingscategorie ‘vennootschapsrecht’, omdat zo een overgang niet zonder meer geschaard kan worden onder de onderwerpen die naar Nederlands ipr door het op een corporatie toepasselijke recht als omschreven in artikel 10:119 BW beheerst worden. Het ligt dan meer voor de hand de rechtshandeling te kwalificeren als een overeenkomst, waarop naar Nederlands ipr het toepasselijke recht bepaald wordt aan de hand van de Rome I-Verordening en Titel 10.13 BW. Bij de overgang onder algemene titel ten gevolge van een overeenkomst onder Belgisch recht leidt dit naar Nederlands ipr tot toepassing van Belgisch recht. In beide gevallen – kwalificatie van de rechtshandeling onder de verwijzingscategorie ‘vennootschapsrecht’ en onder de verwijzingscategorie ‘overeenkomstenrecht’ – kwalificeert de rechtshandeling vanuit Nederlands ipr-perspectief als rechtshandeling waarop het recht van een andere staat van toepassing is. Naar het recht van die andere staat zal dan moeten worden beoordeeld hoe de rechtshandeling moet worden gekwalificeerd. Afhankelijk van die kwalificatie kan de materiële geldigheid van de rechtshandeling worden geverifieerd.

Erkenning

Als bepaald is dat een rechtshandeling formeel en materieel geldig is, dan moet deze naar mijn mening zonder meer worden erkend in Nederland, mits deze erkenning niet strijdig is met de openbare orde (artikel 10:5 BW).

Of en welke vermogensbestanddelen overgaan in het kader van een ‘vreemde’ overgang, wordt bepaald aan de hand van het recht dat van toepassing is op de rechtshandeling. Dat is zo bij fusie en ik zou geen reden kunnen bedenken waarom dat ook niet ook zou gelden voor andere overgangen.²²¹ Past het recht dat van toepassing is op de vreemde overgang het eenheidsstelsel toe, zoals het Nederlandse recht, op basis waarvan alle vermogensbestanddelen, waar ook ter wereld gesitueerd, onder algemene overgaan, dan gaan alle vermogensbestanddelen onder algemene titel over. Wordt echter het splitsingsstelsel toegepast, dan gaan niet alle vermogensbestanddelen over en zijn aparte leveringshandelingen voor bepaalde vermogensbestanddelen wellicht noodzakelijk. Die leveringen zouden dan, in het

²²¹ Verhagen en De Heer 1999, p. 301, 302.

geval de vennootschap ophoudt te bestaan, vóór het van kracht worden van de rechtshandeling moeten worden verricht.

Verhagen en De Heer zijn – wat betreft fusie – van mening dat de overgang onder algemene titel een essentieel bestanddeel is van de juridische fusie en dat daarom het ‘vermogensrechtelijke lot’ van vermogensbestanddelen van de verdwijnende vennootschap(en) bij juridische fusie wordt bepaald door het statuut dat de fusie beheerst, het fusiestatuu²²². Zij constateren, mijns inziens terecht, dat als dat anders zou zijn, het gevaar bestaat dat hetgeen de fuserende vennootschappen met hun fusie beogen, namelijk: een overgang onder algemene titel, niet of niet ten volle gerealiseerd wordt. Zij pleiten daarom voor ‘universele werking’ van het fusiestatuu²²³ wat betreft de overgang onder algemene titel. Wat betreft de fusie van door Nederlands recht beheerste vennootschappen onderschrijf ik deze gedachte. In feite komt deze gedachte neer op toepassing van het eenheidsstelsel, zoals voor erfopvolging is neergelegd in artikel 10:145 lid 1 BW en artikel 7 Haags erfrechtverdrag 1989 en bevestigd door het Hof Arnhem op 2 september 2003²²³ en de Rechtbank Rotterdam op 1 november 2006.²²⁴

Verhagen en De Heer pleiten ook voor toepassing van het eenheidsstelsel als een buitenlands fusiestatuu²²⁵ van toepassing is, onafhankelijk van de vraag of de *lex rei sitae* bekend is met de rechtsfiguur van fusie.²²⁵ Zij beargumenteren dat alleen door te stellen dat met behulp van toepassing van deze regel de belangrijkste doelstelling van de fusie, namelijk de overgang onder algemene titel, zo goed mogelijk kan worden gerealiseerd.

Van Solinge schrijft in zijn proefschrift dat de Ondernemingskamer in het geval van de Franse fusie²²⁶ impliciet Nederlands recht heeft toegepast op de overgang van de aandelen in de besloten vennootschap ten gevolge van de fusie. De overgang van de aandelen wordt naar zijn mening beheerst door de *lex societatis* van de besloten vennootschap waarvan de aandelen in het kader van de fusie overgingen, in casu Nederlands recht.²²⁷ Ik onderschrijf deze opvatting niet. De *lex societatis* is naar Nederlands ipr alleen van toepassing op de overdracht van aandelen op naam en niet op de overgang in het kader van een juridische fusie. Volgens artikel 10:138 BW wordt het goederenrechtelijk regime met betrekking tot aandelen op naam beheerst door het recht dat van toepassing is op de vennootschap die het aandeel heeft uitgegeven.²²⁸ Artikel 10:138 lid 1 BW verwijst uitdrukkelijk naar artikel 10:135 lid 1 en lid 2 BW wat betreft de onderwerpen die door dat recht worden beheerst. In dat artikel wordt uitdrukkelijk gesproken over een ‘overdracht’, hetgeen een ‘overgang’ (onder algemene titel) lijkt uit te sluiten van toepassing van de *lex*

222 Verhagen en De Heer 1999, p. 301.

223 Hof Arnhem 2 september 2003, NIPR 2004, nr. 314.

224 Rb. Rotterdam 1 november 2006, NIPR 2007, nr. 21.

225 Verhagen en De Heer 1999, p. 305.

226 Hof Amsterdam (OK) 13 juni 1991, NJ 1991, 669.

227 Van Solinge 1994, p. 220.

228 Roelofs 2011-V, p. 71.

societatis. In artikel 10:135 lid 2 BW is bepaald dat ‘voor het overige’ – namelijk niet zijnde de overdracht –, het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een vordering op naam (krachtens artikel 10:138 lid 1 BW geldt dit ook voor een aandeel op naam) wordt beheerst door het recht dat op de tot overdracht of vestiging van rechten verplichtende overeenkomst van toepassing is – de *lex causae* – van toepassing is. De erkenning van een overgang naar vreemd recht houdt tevens de erkenning in van de gevolgen van die overgang. Geldt krachtens de *lex causae* het eenheidsstelsel, dan houdt de overgang tevens de overgang in van Nederlandse situsgoederen. Wordt krachtens de *lex causae* het splitsingsstelsel gehanteerd, dan gaan de Nederlandse situsgoederen niet zonder meer over.

Naar mijn mening is de toepassing van het fusiestatuut in alle gevallen, zoals Verhagen en De Heer bepleiten, op dit moment niet de juiste weergave van de stand van het recht. Staten hebben zelf de vrijheid het eenheidsstelsel, dan wel het splitsingsstelsel te hanteren. Niettemin acht ik de toepassing van het eenheidsstelsel wel wenselijk ter vergroting van de rechtszekerheid met betrekking tot de vermogensbestanddelen die onder algemene titel overgaan. Daarvoor zou het eenheidsstelsel echter moeten worden neergelegd in wetgeving op Europees niveau, zoals een speciaal daartoe ontworpen verordening, in de reeds bestaande Europese regelingen, zoals Richtlijn 2001/35/EU en de Zesde richtlijn, of in een verdrag, zoals is gebeurd in het Haags erfrechtverdrag.

1.7 Synthese

1.7.1 *Onderscheid grensoverschrijdende splitsing en andere vermogensovergangen en reorganisatiemethoden*

In dit hoofdstuk zijn verschillende reorganisatiemethoden behandeld, welke een alternatief kunnen zijn voor een grensoverschrijdende splitsing. Bij deze alternatieven kan een onderscheid gemaakt worden tussen (i) enerzijds reorganisatiemethoden die alleen een vermogensovergang tot gevolg hebben en (ii) anderzijds reorganisatiemethoden die ook daadwerkelijk het karakter van een reorganisatie hebben, omdat de wet bepaalde gevolgen verbindt aan de rechtshandeling die leidt tot reorganisatie. Een voorbeeld van deze laatste reorganisatiemethode is de (grensoverschrijdende) juridische fusie.

De overdracht van activa en passiva en de overdracht van aandelen onder bijzondere titel kan gerekend worden tot de categorie reorganisatiemethoden die in principe alleen een vermogensovergang inhouden: in ruil voor de overgedragen activa en passiva of aandelen, kunnen partijen bij de overeenkomst tot overdracht iedere wenselijke tegenprestatie overeenkomen. De overdracht van activa en passiva of aandelen heeft derhalve het karakter van een vermogensoverdracht (onder bijzondere titel) en niet het karakter van een reorganisatiemethode als rechtshandeling waar de wet bepaalde gevolgen aan verbindt. Dat neemt echter niet weg dat de

vermogensovergang in bepaalde gevallen een goed alternatief kan zijn voor een reorganisatiemethode, zoals grensoverschrijdende juridische fusie of grensoverschrijdende juridische splitsing. Of in een bepaald geval de overdracht van activa en passiva of aandelen daadwerkelijk een alternatief is voor grensoverschrijdende splitsing, hangt onder meer af van (i) de activa en passiva die overgedragen worden, (ii) of het volgen van een (formele) procedure tot grensoverschrijdende splitsing opweegt tegen de meer flexibele overdracht onder bijzondere titel en niet in de laatste plaats (iii) de fiscale gevolgen van een overdracht onder bijzondere titel, dan wel van een (grensoverschrijdende) juridische splitsing.

De (grensoverschrijdende) juridische fusie en (grensoverschrijdende) juridische splitsing hebben het karakter van een reorganisatiemethode. Bij nationale en grensoverschrijdende juridische fusie en bij nationale juridische splitsing schrijven Richtlijn 2011/35/EU, de Tiende richtlijn, respectievelijk de Zesde richtlijn en de implementatiewetgevingen van de lidstaten voor fusie en grensoverschrijdende fusie, respectievelijk splitsing, dwingend een toekenning van aandelen voor, eventueel met een bijbetaling in geld. Ook grensoverschrijdende omzetting kan naar mijn mening gekenmerkt worden als een reorganisatiemethode. Weliswaar vindt bij grensoverschrijdende omzetting geen vermogensovergang in eigenlijke zin plaats, omdat de vennootschap dezelfde vennootschap blijft en slechts het op de vennootschap toepasselijke recht wijzigt, het resultaat van een grensoverschrijdende omzetting is dat na de grensoverschrijdende omzetting de activa en passiva van de omgezette vennootschap toebehoren aan een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere staat.

1.7.2 Juridisch onderscheid grensoverschrijdende splitsing en andere vermogensovergangen en reorganisatiemethoden

Een ander onderscheid dat kan worden gemaakt, is het onderscheid naar het aantal rechtshandelingen dat verricht moet worden om hetzelfde resultaat te krijgen als bij een grensoverschrijdende splitsing. Een grensoverschrijdende splitsing omvat slechts één rechtshandeling, ten gevolge waarvan activa en passiva onder algemene titel overgaan en ten gevolge waarvan aandelen worden toegekend en eventueel een bijbetaling in geld plaatsvindt. Alternatieven voor grensoverschrijdende splitsing omvatten meerdere rechtshandelingen. Prüm duidt dit aan met het begrip '*Zweistufige Modelle*'.²²⁹ Dat een grensoverschrijdende splitsing slechts één rechtshandeling omvat, is een voordeel ten opzichte van een combinatie van andere reorganisatiemethoden, zoals een grensoverschrijdende omzetting of grensoverschrijdende fusie voorafgegaan of gevolgd door een nationale splitsing in de outbound- of inbound-lidstaat.

²²⁹ Prüm 2006, p. 19.

De overdracht van activa en passiva of aandelen omvat weliswaar, net als grensoverschrijdende splitsing, slechts één rechtshandeling als tegenover de overdracht de betaling van een geldsom staat. Dat is echter anders indien de tegenprestatie bestaat uit het uitgeven van nieuwe aandelen door de verkrijgende vennootschap of het overdragen van door de verkrijgende vennootschap zelf gehouden aandelen. In dat geval zijn meerdere rechtshandelingen noodzakelijk om hetzelfde resultaat te krijgen als bij een grensoverschrijdende splitsing.

De toepassing van grensoverschrijdende fusie of grensoverschrijdende zetelverplaatsing – al dan niet met wijziging van de *lex societatis* – als reorganisatiemethode, voorafgegaan door, respectievelijk gevolgd door een nationale juridische splitsing in de outbound-lidstaat, respectievelijk de inbound-lidstaat, omvat eveneens meerdere rechtshandelingen. Het nadeel van deze alternatieven is dat zij niet bruikbaar zijn indien het doel is dat activa en passiva rechtstreeks overgaan op een vennootschap welke wordt beheerst door het recht van een andere staat. Bovendien komt een cumulatie van wachttermijnen, welke bij gebruik van de SE voor de grensoverschrijdende zetelverplaatsing zelfs twee maanden bedraagt, een snelle en flexibele toepassing van deze alternatieven niet ten goede. Het voordeel van het gebruik van de SE voor de zetelverplaatsing is echter wel dat hiervoor een wettelijk kader bestaat met een duidelijk wettelijk raamwerk voor de te volgen procedures, waardoor de rechtszekerheid bij gebruik van de SE groot is. Die rechtszekerheid ontbreekt vooralsnog bij de grensoverschrijdende omzetting op basis van het Cartesio-arrest en het Vale-arrest. Voor grensoverschrijdende splitsing bestaat heden ten dage nog geen wetgeving op unie- of nationaal niveau, met uitzondering van de lidstaten Luxemburg, Denemarken en Finland (zie tevens hoofdstuk 4 tot en met 7). Dientengevolge is bij grensoverschrijdende splitsing, net als bij grensoverschrijdende omzetting, de rechtszekerheid minder groot dan bijvoorbeeld bij grensoverschrijdende fusie. Dat neemt echter niet weg dat wetgeving, met name harmoniserende wetgeving op Europees niveau, dit nadeel kan wegnemen.

De ‘reorganisatiemethoden naar vreemd recht’, zoals beschreven in paragraaf 1.6, kunnen, al dan niet in combinatie met andere vermogensovergangen of reorganisatiemethoden, een alternatief zijn voor grensoverschrijdende juridische splitsing, zij het dat de toepassing afhankelijk is van de omstandigheden en de voorwaarden zoals die gesteld zijn krachtens het toepasselijke recht van een andere staat, aan welk recht de betreffende reorganisatiemethode haar bestaan ontleent. Een grensoverschrijdende toepassing van een reorganisatiemethode naar vreemd recht is slechts mogelijk als de rechtsstelsels van alle betrokken lidstaten die reorganisatiemethode kennen. De vrijheid van vestiging, zoals neergelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, werkt immers niet zo ver door dat reorganisatiemethoden kunnen worden geïntroduceerd in het recht van een andere lidstaat. Dat neemt echter niet weg dat vermogensbestanddelen kunnen overgaan als gevolg van een reorganisatiemethode naar vreemd recht. In dat geval is het de vraag of die overgang erkend wordt in andere staten.

1.7.3 Economisch onderscheid grensoverschrijdende splitsing en andere reorganisatiemethoden

De mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing levert economisch voordeel op voor ondernemingen van allerlei grootte. Binnen het palet van grensoverschrijdende reorganisaties zoals dat op dit moment bestaat, ontbreekt een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing. Zoals hiervoor reeds is aangegeven, biedt de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing als voordeel ten opzichte van andere reorganisatiemethoden dat volstaan kan worden met één rechtshandeling, terwijl voor alternatieven veelal meerdere rechtshandelingen nodig zijn. Op die manier kan een grensoverschrijdende splitsing een economisch voordeel opleveren, niet alleen omdat bespaard kan worden op adviseurs- en registratiekosten, maar ook omdat een grensoverschrijdende splitsing sneller kan worden geëffectueerd. Daarnaast wordt ook de toegang van vennootschappen tot economische markten van andere staten eenvoudiger en is het vermogen van de splitsende vennootschap mobieler. Op die manier kan beter geprofiteerd worden van gunstiger economische, fiscale, geografische en/of klimatologische omstandigheden in andere staten en kan optimaal voorzien worden in de behoefte aan samenwerking en reorganisatie.

Ook op macro-economisch niveau heeft grensoverschrijdende splitsing voordelen. Het ontbreken van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing binnen het palet van mogelijkheden tot grensoverschrijdende herstructureringen kan worden gezien als een imperfectie die in de weg staat aan het optimaal functioneren van een markt, zoals de interne markt van de lidstaten van de EU.²³⁰ De mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing draagt bij aan een flexibel juridisch raamwerk dat ondernemingen de mogelijkheid biedt zich aan te passen aan nieuwe of hernieuwde marktomstandigheden.

230 Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussels 5 April 2011, p. 8.

HOOFDSTUK 2

DE ZESDE RICHTLIJN BETREFFENDE SPLITSING

2.1 Inleiding

De Zesde richtlijn,¹ in finale versie tot stand gekomen in 1982, vormt de basis voor wettelijke regelingen betreffende juridische splitsing van naamloze vennootschappen binnen de lidstaten van de Europese Unie (EU). De Zesde richtlijn ziet in beginsel alleen op splitsingen die zich afspelen binnen één lidstaat van de EU en niet (althans niet expliciet) op grensoverschrijdende splitsingen. De Zesde richtlijn harmoniseert de wettelijke regels omtrent splitsing in de lidstaten van de EU. De Zesde richtlijn heeft een semi-dwingend karakter (zie tevens paragraaf 2.2. en 2.3.). Vanwege dit semi-dwingende karakter zijn de wettelijke regelingen van de lidstaten van de EU, mits zij een regeling omtrent splitsing hebben opgenomen in hun wetgevingen, in grote lijnen geharmoniseerd. Als gevolg van die harmonisatie hebben de wettelijke regelingen omtrent splitsing in de lidstaten grotendeels dezelfde kenmerkende elementen.

Zoals vermeld in de Inleiding, speelt het nationale recht van een staat dat van toepassing is op een vennootschap – de *lex societatis* – die betrokken is bij een grensoverschrijdende splitsing een belangrijke rol. Dit geldt niet alleen voor grensoverschrijdende splitsingen waarbij louter één of meer vennootschappen zijn betrokken die door het recht van één of meer lidstaten van de EU worden beheerst, maar ook voor grensoverschrijdende splitsingen waarbij één of meerdere vennootschappen wordt of worden beheerst door het recht van één of meer lidstaten van de EU en één of meerdere vennootschappen door het recht van niet-lidstaten van de EU. Het nationale recht van een EU-lidstaat dat van toepassing is op een bij een grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap is wat betreft de regeling omtrent juridische splitsing gebaseerd op en geharmoniseerd door middel van de Zesde richtlijn.

Vanwege het feit dat de nationale wetgevingen van de lidstaten van de EU wat betreft de regeling omtrent juridische splitsing gebaseerd zijn op de Zesde richtlijn, vormt de Zesde richtlijn een belangrijke basis voor grensoverschrijdende splitsingen, ook al ziet de Zesde richtlijn daar niet expliciet op. De regels van de Zesde richtlijn werken via het nationale recht van lidstaten dat van toepassing is op de bij

1 Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen PB L 378 van 31.12.1982, p. 47 – 54.

de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen door in de op grensoverschrijdende splitsingen toe te passen rechtsregels.

De Zesde richtlijn heeft niet een volledige harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten van de EU omtrent splitsingen tot gevolg gehad, omdat de Zesde richtlijn voor veel onderwerpen slechts een minimumharmonisatie voorschrijft dan wel omdat lidstaten krachtens de Zesde richtlijn de vrijheid hebben uit eigen beweging wettelijke bepalingen op te nemen, al dan niet binnen de mogelijkheden die de Zesde richtlijn daartoe biedt.

Omdat de Zesde richtlijn de basis vormt voor alle wetgevingen omtrent splitsingen in de lidstaten van de EU en de implementatie van de Zesde richtlijn in de nationale wetgevingen van de lidstaten tevens de verschillen tussen de nationale wetgevingen aan het licht kan brengen, is dit hoofdstuk over de Zesde richtlijn opgenomen.

In paragraaf 2.2 zal om te beginnen aandacht besteed worden aan de regels die richtlijnen in het algemeen kunnen bevatten omtrent de wijze van harmonisatie van nationale wetgevingen. Daarna zal de totstandkominggeschiedenis van de Zesde richtlijn behandeld worden (paragraaf 2.3.), inhoudende een bespreking van de geschiedenis van de Derde richtlijn betreffende fusie², de Zesde richtlijn betreffende splitsing en twee richtlijnen, waarmee de Zesde richtlijn gewijzigd werd. Daarna zal het systeem van de Zesde richtlijn uiteengezet worden (paragraaf 2.4.), de belangrijkste kenmerken van splitsing in de zin van de Zesde richtlijn (paragraaf 2.5.) en de reikwijdte van de Zesde richtlijn (paragraaf 2.6.). In paragraaf 2.7. wordt de procedure tot splitsing behandeld. In paragraaf 2.8. komt het van kracht worden van een splitsing aan bod, gevolgd door de openbaarmaking van een splitsing in paragraaf 2.9. Ten slotte wordt in paragraaf 2.10. de nietigheid van een splitsing behandeld.

2.2 Harmonisatieregels

2.2.1 De interne markt

Het creëren en de instandhouding van een interne markt – vroeger ook wel aangeduid als ‘gemeenschappelijke markt’ – is één van de doelen van de Europese Unie (art. 3 lid 3 EU-Verdrag). De lidstaten tezamen vormen één interne markt: een ruimte zonder binnengrenzen. Daarbinnen is het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal gewaarborgd volgens de bepalingen van de verschillende EU-verdragen. De vrijheid van vestiging zoals neergelegd in artikel 49 VwEU en de gelijkstelling van vennootschappen met natuurlijke personen in artikel 54 VwEU vormen tezamen met de vrijheid van verkeer van goederen (artikel 28

2 Derde Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen, PB L 295 van 20.10.1978, p. 36 – 43.

VwEU), de vrijheid van verkeer van personen, diensten en kapitaal (artikel 45 tot en met 66 VwEU) de pijlers voor de creatie en de instandhouding van de interne markt van de EU.

Van de vrijheid van vestiging gaat een *negatieve* integratie uit:³ beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat zijn verboden. Bepalingen van nationaal recht die in strijd zijn met de vrijheid van vestiging blijven om die reden buiten toepassing.

Naast de negatieve integratie, gaat er ook een *positieve* integratie uit van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. De Europese Unie stelt de maatregelen vast die ertoe bestemd zijn om de interne markt tot stand te brengen en de werking daarvan te verzekeren (art. 26 lid 1 VwEU). Op die manier wordt de creatie en het voortbestaan van een interne markt niet alleen gewaarborgd door de negatieve integratie, maar ook gesteund door bepalingen die het functioneren interne markt daadwerkelijk bevorderen.

Ter verwezenlijking van de positieve integratie van de interne markt is in artikel 114 VwEU bepaald dat de Europese wetgever maatregelen vaststelt inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen (art. 114 lid 1 VwEU). Door de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten wordt één interne markt gecreëerd, waarbinnen de concurrentieposities, niet alleen van ondernemingen gevestigd in verschillende staten, maar ook tussen lidstaten onderling, zo min mogelijk van elkaar verschillen. Eén van de methoden om de wettelijke bepalingen van de lidstaten onderling aan te passen, is het uitvaardigen van richtlijnen. Als aanvulling op artikel 114 VwEU biedt artikel 115 VwEU een directe basis tot het vaststellen van richtlijnen, in het bijzonder voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de interne markt.

2.2.2 Europese richtlijnen

Europese richtlijnen maken deel uit van het recht van de Europese Unie. Een richtlijn is één van de instrumenten die de Europese wetgever ter beschikking staat tot het uitoefenen van de bevoegdheden die hij heeft krachtens het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (artikel 288 VwEU). Andere instrumenten zijn: verordeningen, besluiten, aanbevelingen en adviezen. Verordeningen hebben een algemene strekking en zijn verbindend in alle onderdelen en zijn rechtstreeks toepasselijk in iedere lidstaat. Besluiten zijn eveneens verbindend in alle onderdelen. Indien een besluit is gericht tot bepaalde entiteiten – ‘adressaten’ –, dan is het besluit alleen voor die adressaten bindend. Aanbevelingen en adviezen zijn niet verbindend.

3 Roelofs 2010-IV, p. 656 – 660.

Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is. De nationale instanties van de lidstaten hebben de mogelijkheid de vorm en de middelen te kiezen hoe het door de richtlijn voorgeschreven resultaat wordt bereikt (artikel 288 derde volzin VwEU). Op de lidstaten rust een resultaatsverplichting. Omdat de lidstaten zelf de vrijheid hebben te bepalen hoe het beoogde resultaat wordt bereikt, vertolkt de richtlijn als instrument tevens de idee van subsidiariteit: de Europese wetgever gaat met gebruikmaking van een richtlijn niet verder dan strikt noodzakelijk voor het nastreven van het nader tot elkaar brengen van wetgevingen van lidstaten.⁴ Omdat richtlijnen slechts verbindend zijn ten aanzien van het bereiken van het voorgeschreven resultaat, werken de bepalingen van een richtlijn in principe niet rechtstreeks door in de nationale rechtsordes van de lidstaten. De inhoud van de regels van de richtlijn krijgen eerst hun normatieve status in de rechtsordes van de lidstaten na implementatie.

Omdat richtlijnen slechts verbindend zijn voor de lidstaten ten aanzien van het te bereiken resultaat, hebben de lidstaten de vrijheid de vorm en de middelen te kiezen hoe dit resultaat wordt bereikt. Het resultaat moet echter wel voldoende rechtszekerheid bieden en daarom is de keuzevrijheid ten aanzien van de vorm en de middelen om het resultaat te bereiken betrekkelijk.⁵

Richtlijnen moeten worden geïmplementeerd in nationale wetgevingen en hebben als zodanig altijd een dwingend karakter, tenzij de implementatie van de gehele richtlijn facultatief is. De implementatie van de richtlijn in nationale wetgeving dient te geschieden met dwingende kracht, voldoende specificiteit, nauwkeurigheid en duidelijkheid om te voldoen aan het rechtszekerheidsvereiste.⁶

2.2.3 Vormen van harmonisatie

Bij de implementatie van richtlijnen in nationale wetgeving moet de nationale wetgever niet alleen rekening houden met de hiervoor opgesomde eisen waaraan de implementatie moet voldoen, maar tevens met het al dan niet dwingende karakter van de regels uit de richtlijn, hetgeen voortvloeit uit verschillende vormen van harmonisatie. In het algemeen zijn vier vormen van harmonisatie te onderscheiden: (i): totale harmonisatie, (ii): minimumharmonisatie, (iii): optionele harmonisatie en (iv): wederzijdse erkenning.

(i): Totale harmonisatie

Bij een totale of maximale harmonisatie bevat de richtlijn of bepalingen daarvan dwingende regels, waarvan lidstaten niet kunnen afwijken. Lidstaten hebben niet de vrijheid strengere of minder strenge / soepeler regels op te nemen in hun wetgeving;

4 Lenaerts en Van Nuffel 2008, p. 462.

5 Zie hierover: Wissink 2001, p. 20.

6 HvJ EG 17 mei 2001, Commissie/Italië, C-159/99, r.o. 32.

een materiële afwijking is niet mogelijk. Lidstaten hebben alleen de vrijheid te bepalen op welke wijze de in de richtlijn opgenomen regel wordt geïmplementeerd in de nationale wetgeving. Een totale harmonisatie is de meest vergaande vorm van harmonisatie, waarbij de wetgevingen van de lidstaten materieel niet van elkaar afwijken.

(ii): Minimumharmonisatie

Minimumharmonisatie is het tegenovergestelde van totale harmonisatie. Bij een minimumharmonisatie geeft een richtlijn slechts een dwingend minimumniveau aan waaraan wetgeving van een lidstaat moet voldoen. Lidstaten hebben daarbij de vrijheid strengere of verdergaande normen op te nemen in hun wetgeving. Minimumharmonisatie is het resultaat van een dubbel compromis: lidstaten komen overeen regels te creëren die voldoen aan een bepaald minimumniveau, maar bereiken tevens overeenstemming over de mogelijkheid dat de lidstaten strengere of verdergaande regels opnemen.⁷ Minimumharmonisatie zorgt er voor dat verschillen tussen wetgevingen van de lidstaten kunnen bestaan en kan bovendien leiden tot beleidsconcurrentie tussen lidstaten.

(iii): Optionele harmonisatie

Regels uit een richtlijn kunnen optionele harmonisatie toestaan. Dit houdt in dat lidstaten de vrijheid hebben een bepaling uit een richtlijn al dan niet te implementeren in nationale wetgeving. Het harmoniserende karakter van een bepaling uit een richtlijn gaat hiermee gedeeltelijk verloren.

(iv): Wederzijdse erkenning

De laatste vorm van harmonisatie is wederzijdse erkenning van regels uit andere lidstaten. Bij deze vorm van harmonisatie wordt aan lidstaten de verplichting opgelegd de regels van andere lidstaten, bijvoorbeeld die krachtens die nationale wetgeving worden opgelegd aan producten, diensten, personen of rechtshandelingen, te erkennen. De harmonisatie is gelegen in de omstandigheid dat andere lidstaten de regels moeten erkennen, ook al voldoen die producten, diensten, personen of rechtshandelingen niet aan de eigen voorschriften van die andere (erkennende) lidstaat. In de literatuur is betwist of de wederzijdse erkenning wel een vorm van harmonisatie is.⁸ Bij wederzijdse erkenning worden immers geen materiele regels geharmoniseerd in die zin dat een Europese norm ten grondslag ligt aan de nationale wetgevingen. Toch gaat van wederzijdse erkenning een harmoniserende rol uit, omdat op die manier de toegang tot andere (deel)markten van de interne markt gewaarborgd wordt.

Of sprake is van een totale harmonisatie, minimumharmonisatie, optionele harmonisatie of wederzijdse erkenning, wordt bepaald in de richtlijn zelf. Indien

⁷ Temmink 1995, p. 79.

⁸ Kapteyn, VerLoren van Themaat en Barents 2003, p. 269.

de richtlijn daar geen expliciete bepalingen over bevat, moet aan de hand van de bewoordingen van de bepalingen van de richtlijn en de considerans, de doelstelling en de opzet van de richtlijn worden afgeleid welke wijze van harmonisatie beoogd is.⁹ Het feit dat een richtlijn in bepaalde afwijkingsmogelijkheden voorziet of op bepaalde punten naar het nationale recht verwijst, betekent nog niet dat de harmonisatie op die punten niet volledig is of totale harmonisatie niet is beoogd.¹⁰

De Zesde richtlijn vormt weliswaar het uitgangspunt en de basis voor de regels die worden toegepast op grensoverschrijdende splitsingen – al dan niet geheel of gedeeltelijk binnen de lidstaten van de EU –, maar omdat de Zesde richtlijn niet op alle onderdelen volledige harmonisatie voorschrijft en de Zesde richtlijn keuzevrijheden voor lidstaten open laat, kunnen de regels van de Zesde richtlijn, of juist het ontbreken van regels in de Zesde richtlijn, aanwijzingen vormen voor verschillen in wettelijke regelingen omtrent splitsing in verschillende lidstaten, die niet spelen bij splitsingen die zich afspelen binnen de grenzen van één lidstaat. Deze verschillen kunnen zich juist bij grensoverschrijdende splitsingen openbaren en met deze verschillen zal bij een grensoverschrijdende splitsing rekening moeten worden gehouden.

2.3 Totstandkominggeschiedenis van de Zesde richtlijn

De Zesde richtlijn kent een bijzondere totstandkominggeschiedenis die anders is verlopen dan die van andere richtlijnen die zien op het vennootschapsrecht. Aanvankelijk was het plan de splitsing te regelen in de Derde richtlijn betreffende fusie,¹¹ maar uiteindelijk is er toch een aparte richtlijn opgesteld voor splitsing. Omdat ook de plannen om regels omtrent splitsing op te nemen in de Derde richtlijn betreffende fusie van belang zijn voor een goed begrip van de totstandkoming van de Zesde richtlijn, zal in paragraaf 2.3.1. de geschiedenis van de plannen om splitsing in de Derde richtlijn op te nemen worden weergegeven. In paragraaf 2.3.2. zal de totstandkoming van de Zesde richtlijn behandeld worden.

9 HvJ EG 25 april 2002, zaak C-183/00, María Victoria González Sánchez en Medicina Asturiana SA, Jurisprudentie I-3905, r.o. 25 en HvJ EG 30 november 1995, zaak C-175/94, Gallagher, Jurisprudentie I-4268 en Temmink 1995, p. 82 – 83.

10 HvJ EG 25 april 2002, zaak C-183/00, María Victoria González Sánchez en Medicina Asturiana SA, Jurisprudentie I-3905, r.o. 28.

11 Derde Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen, Pb L 295 van 20.10.1978, p. 36 – 43, thans: Richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen, Pb L 110 van 29.4.2011, p. 1 – 11.

2.3.1 Geschiedenis van de Derde richtlijn

De Derde richtlijn betreffende fusie is in 1978 tot stand gekomen.¹² De Derde richtlijn ziet alleen op fusie van naamloze vennootschappen naar het recht van de lidstaten die zich binnen de grenzen van één lidstaat afspeelt (artikel 1 lid 1 Derde richtlijn). Dat de Derde richtlijn alleen op de fusie van naamloze vennootschappen ziet en niet tevens op besloten vennootschappen is niet vreemd, omdat ook andere Europese richtlijnen betreffende het vennootschapsrecht – zoals de Tweede richtlijn betreffende minimumkapitaal¹³ – alleen zien op naamloze vennootschappen.

De Derde richtlijn is meerdere keren gewijzigd. Deze wijzigingen waren soms van geringe aard, omdat de wijziging de toevoeging van de namen van nieuw toetredende lidstaten betrof. Andere wijzigingen waren van meer ingrijpende aard, omdat daarmee de materiële regels betreffende fusie werden gewijzigd. Voorbeelden hiervan zijn de wijzigingen krachtens Richtlijn 2007/63/EG¹⁴ en Richtlijn 2009/109/EG.¹⁵ Omwille van de duidelijkheid en een logische ordening van de tekst heeft het Europees Parlement en de Raad gemeend dat tot (her)codificatie van de Derde richtlijn moest worden overgegaan. Het resultaat hiervan is Richtlijn 2011/35/EU van 5 april 2011, in werking getreden op 1 juli 2011.¹⁶ De ‘oude’ Derde richtlijn werd per dezelfde datum ingetrokken (artikel 32 Richtlijn 2011/35/EU). Omdat Richtlijn 2011/35/EU slechts een hercodificatie of consolidatie is van de reeds bestaande regelingen op communautair niveau, hoeft Richtlijn 2011/35/EU niet, althans niet opnieuw, geïmplementeerd te worden in nationale wetgeving. De richtlijnen die bij gelegenheid van Richtlijn 2011/35/EU vervangen zijn, zijn immers reeds geïmplementeerd in nationale wetgevingen. Verwijzingen in andere wettelijke regelingen naar de oude Derde richtlijn gelden als verwijzingen naar Richtlijn 2011/35/EU en worden gelezen conform de bij Richtlijn 2011/35/EU gevoegde transponeringstabel. In het vervolg zal ik Richtlijn 2011/35/EU citeren als ‘Richtlijn 2011/35/EU’ en daar waar ik specifiek Richtlijn 78/855/EEG op het oog heb, deze citeren als ‘de Derde richtlijn’.

12 Derde Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen, PB L 295 van 20.10.1978, p. 36 – 43.

13 Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976, PbEG 1977, L 26, p. 1.

14 Richtlijn 2007/63/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 tot wijziging van Richtlijn 78/855/EEG van de Raad en Richtlijn 82/891/EEG van de Raad wat betreft de verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies of splitsingen van naamloze vennootschappen, PB L 300 van 17.11.2007, p. 47 – 48.

15 Richtlijn 2009/109/EG van 16 september 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en Richtlijn 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft, PbEU 2005, L 259/14 van 2 oktober 2009, p. 14 – 21.

16 Richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen, Pb EU L 110/1 van 29 april 2011, p. 1 – 11. Zie hierover: Roelofs 2011-IV, p. 481 – 482.

Een belangrijk kenmerk van fusie in de zin van Richtlijn 2011/35/EU is dat meerdere vennootschappen samengaan, waarbij alle vennootschappen, met uitzondering van de verkrijgende vennootschap, ophoudt te bestaan en waarbij het vermogen van de verdwijnende vennootschap(pen) – omvattende rechten en verplichtingen – in zijn geheel onder algemene titel overgaat op ten hoogste één verkrijgende vennootschap (artikel 19 lid 1 sub a Richtlijn 2011/35/EU).

Richtlijn 2011/35/EU onderscheidt enerzijds de fusie door overname, waarbij één of meer vennootschappen – de verdwijnende vennootschap(pen) – door een andere vennootschap – de verkrijgende vennootschap – wordt of worden overgenomen en waarbij de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(pen) aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap (artikel 3 lid 1 Richtlijn 2011/35/EU) en anderzijds de fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap, waarbij de verkrijgende vennootschap in het kader van de fusie nieuw wordt opgericht. Bij de fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap wordt of worden de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(pen) aandeelhouder van de nieuw opgerichte verkrijgende vennootschap (artikel 4 Richtlijn 2011/35/EU).

De belangrijkste redenen om te komen tot de Derde richtlijn betreffende fusie zijn af te leiden uit de considerans – ook wel ‘preamble’ genoemd. Hieruit blijkt dat de Raad van de Europese Gemeenschappen het noodzakelijk achtte dat, ter bescherming van de belangen van deelnemers – aandeelhouders – en derden, wettelijke bepalingen van lidstaten inzake fusies van naamloze vennootschappen gecoördineerd werden en dat de rechtsfiguur fusie diende te worden ingevoerd in de wetgevingen van de lidstaten. Op dat moment waren België, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland en het Verenigd Koninkrijk lid van de Europese Gemeenschap.

Met de Derde richtlijn werd nagestreefd de aandeelhouders en de schuldeisers van de vennootschappen die de fusie aangaan behoorlijk en zo objectief mogelijk voor te lichten en een passende bescherming van hun rechten te bieden. De Derde richtlijn heeft een dwingend karakter en met de Derde richtlijn werd de rechtsfiguur van fusie ingevoerd in alle staten die in 1978 lid waren van de Europese Gemeenschap. Totale harmonisatie was het oogmerk van de Derde richtlijn. Inmiddels bestaat de Europese Unie, na uitbreidingen in 1981, 1986, 1995, 2004, 2007 en 2013 uit 28 lidstaten.¹⁷ In al deze lidstaten had de Derde richtlijn werking en in al deze lidstaten heeft na 1 juli 2011 Richtlijn 2011/35/EU werking. Dat betekent dat de wetgevingen van deze lidstaten de rechtsfiguur van de fusie kennen en dat de inhoud van deze wetgevingen grotendeels met elkaar overeenkomt, vanwege het harmoniserende karakter van de Derde richtlijn.

¹⁷ In 1981 is Griekenland toegetreden tot de Europese Gemeenschap, in 1986 Portugal en Spanje, in 1995 Finland, Oostenrijk en Zweden, in 2004 Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Polen, Slovenië, Slowakije en Tsjechië, in 2007 Bulgarije en Roemenië en in 2013 Kroatië.

2.3.2 De Derde richtlijn en splitsing

Afgezien van het bestaan van een richtlijn omtrent fusie of splitsing, vertonen fusie en splitsing als economische verschijnselen veel gelijkenissen en daar waar zij wezenlijk van elkaar verschillen, zijn zij vaak spiegelbeeldig aan elkaar. Bij een fusie is er één verkrijgende vennootschap en ten minste één verdwijnende vennootschap, bij een splitsing in de meest zuivere vorm is er maximaal één verdwijnende (splitsende) vennootschap en zijn er meerdere verkrijgende vennootschappen. Dit laatste is echter niet het geval bij een 'afsplitsing' of 'partiële splitsing', waarbij vermogen wordt afgesplitst van de gesplitste vennootschap naar één of meerdere verkrijgende vennootschappen en waarbij de gesplitste vennootschap blijft voortbestaan. Zowel fusie als splitsing hebben gemeen dat vermogensbestanddelen overgaan van de verdwijnende vennootschap(en)¹⁸ op de verkrijgende vennootschap, respectievelijk vennootschappen. In beide gevallen worden aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(en) aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap, respectievelijk verkrijgende vennootschappen.

De overeenkomsten tussen fusie en splitsing als economische verschijnselen leidde ertoe dat bij de totstandkoming van de Derde richtlijn de Europese wetgever had voorzien dat splitsing, op dat moment niet neergelegd in en geharmoniseerd door middel van een richtlijn, gebruikt zou kunnen worden om de beschermende regels van de wetgevingen van de lidstaten waarmee de Derde richtlijn zou worden geïmplementeerd – en dan met name die regels die zien op de bescherming van de belangen van aandeelhouders, schuldeisers en derden – te ontwijken.¹⁹

Om het ontgaan van de beschermende regels omtrent fusie door gebruikmaking van de rechtshandeling van splitsing tegen te gaan, had de Europese wetgever in het eerste voorstel voor de Derde richtlijn in artikel 21 een bepaling opgenomen, inhoudende dat de regels omtrent fusie van overeenkomstige toepassing zouden zijn op 'rechtshandelingen krachtens welke een vennootschap haar gehele vermogen of een gedeelte daarvan overdraagt aan een of meer bestaande of nieuw op te richten vennootschappen met daartegenover als gehele of gedeeltelijke tegenprestatie van deze inbreng, de toekenning aan haar aandeelhouders van aandelen in de vennootschap of vennootschappen die de inbreng ontvangen'.²⁰

Bij de totstandkoming van de Derde richtlijn, die enkele jaren in beslag nam, bleken in het jaar 1977 België, Frankrijk, Italië en Nederland de aanpak, waarbij de regels omtrent fusie van overeenkomstige toepassing werden verklaard op splitsing, te steunen. Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Ierland waren echter tegen een

¹⁸ Bij een afsplitsing verdwijnt de gesplitste vennootschap niet.

¹⁹ Voorstel voor een Derde richtlijn ter coördinatie van de waarborgen die Lid-staten van vennootschappen verlangen als gedefinieerd in artikel 58 lid 2 van het Verdrag ter bescherming van de belangen van aandeelhouders en andere partijen bij de fusie van kapitaalvennootschappen, ingediend door de Commissie aan de Raad op 16 juni 1970, Bulletin EG Supplement 5/70, p. 16, 17.

²⁰ Zie artikel 21 lid 1 van het Voorstel voor een Derde richtlijn, ingediend door de Commissie bij de Raad op 16 juni 1970, PbEG C89/20.

dergelijke oplossing, omdat de Derde richtlijn alleen doelt op concentratie – fusie – van naamloze vennootschappen en niet op deconcentratie – de-fusie, ontvlechting of splitsing – van naamloze vennootschappen. De aanhoudende afwijzende houding ten aanzien het van overeenkomstige toepassing verklaren van de regels omtrent fusie op splitsing leidde uiteindelijk tot twijfel bij Denemarken en Nederland.

Deze twijfels hebben geleid tot een nieuw voorstel van de Commissie over de overeenkomstige toepassing van de regels omtrent fusie op splitsing. Artikel 21 van de voorgestelde Derde richtlijn werd zodanig gewijzigd dat, wanneer lidstaten de rechtshandeling splitsing kennen, de regels omtrent fusie uit de Derde richtlijn van overeenkomstige toepassing zouden vinden.²¹

In 1978 is het inzicht van verschillende lidstaten ten aanzien van de opname van een regeling waarbij de regels van fusie van overeenkomstige toepassing werden verklaard op splitsing wederom gewijzigd. Het van overeenkomstige toepassing verklaren van de fusieregels op splitsing zou problemen met zich brengen, mede omdat bepaalde regels uit de Derde richtlijn niet zonder aanpassing kunnen worden toegepast op splitsing.

Als voorbeelden hiervan kunnen worden genoemd de overgang van activa en passiva en de aandelenruil van de aandeelhouders, die aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap(en). Bij fusie gaat het gehele vermogen van één of meerdere verdwijnende vennootschap(en) over op één verkrijgende vennootschap, terwijl bij splitsing juist een verdeling van het vermogen van de gesplitste vennootschap plaatsvindt onder ten minste twee verkrijgende vennootschappen, of in het geval van afsplitsing, ten minste één verkrijgende vennootschap, terwijl de gesplitste vennootschap blijft voortbestaan. Bij een fusie worden de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(en) aandeelhouder van de – enige – verkrijgende vennootschap, terwijl bij splitsing de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap aandeelhouders worden van twee of meer verkrijgende vennootschappen, of in het geval van afsplitsing, aandeelhouder worden van ten minste één verkrijgende vennootschap en aandeelhouder van de gesplitste vennootschap blijven.

Bij de lidstaten heerste uiteindelijk de mening dat een meer gedetailleerde regeling noodzakelijk was om het ontgaan van de waarborgen die met de Derde richtlijn voor fusie in het leven zouden worden geroepen door middel van splitsing tegen te gaan.²² Het ontwerp van een gedetailleerde regeling omtrent splitsing zou echter leiden tot een ongewenste vertraging in de totstandkoming van de Derde richtlijn. Om deze ongewenste vertraging te voorkomen, hadden de Raad van ministers en de Commissie verklaard dat een voorstel voor een splitsingsrichtlijn bij de Raad in behandeling zou blijven en dat een gedetailleerder document zou worden uitgebracht, waarin regels voor splitsing zouden worden opgenomen. Door deze wending van de Europese wetgever bleef de reikwijdte van de Derde richtlijn

21 Nota nr. 1296/77 (ES 101), 15 november 1977.

22 Nota nr. 142/77 (ES 7), 20 januari 1978.

beperkt tot waar die oorspronkelijk voor bedoeld was, namelijk: fusie. De Derde richtlijn trad in werking op 9 oktober 1978. De Derde richtlijn diende uiterlijk 20 oktober 1981 – drie jaren na kennisgeving in het Publicatieblad van de EG (artikel 32 lid 1 Derde richtlijn) – geïmplementeerd te zijn in nationale wetgeving van de lidstaten. Van lidstaten die na 20 oktober 1981 zijn toegetreden tot de Europese Gemeenschap, later de Europese Unie, diende de wetgevingen in overeenstemming te zijn met de Derde richtlijn op het moment van toetreding.

2.3.3 Geschiedenis van de Zesde richtlijn

De inwerkingtreding van de Derde richtlijn betekende het definitieve einde aan het voornemen regels omtrent splitsing op te nemen in de Derde richtlijn. Reeds kort na de beslissing van de Europese wetgever een aparte regeling voor splitsing te ontwerpen, kwam er een voorstel hiertoe.²³ De bepalingen van dit voorstel waren gebaseerd op de Derde richtlijn en bevatte zes artikelen. De achterliggende reden om een richtlijn te ontwerpen voor splitsing was nog steeds het verhinderen dat vennootschappen zouden trachten te ontsnappen aan de beschermende regels omtrent fusie door gebruikmaking van splitsing. Daarnaast wilde de Europese wetgever met de invoering van de Zesde richtlijn verhinderen dat vennootschappen door gebruikmaking van de splitsing zouden kunnen ontsnappen aan ‘de voorschriften voor deelneming van werknemers aan het bestuur van vennootschappen, wanneer die voorschriften van toepassing zijn indien bepaalde drempels, zoals kapitaal, balanstotaal of het aantal werknemers, worden overschreden’. Immers, wanneer een vennootschap dergelijke drempels zou overschrijden, zou door middel van een splitsing overschrijding van de drempels voorkomen kunnen worden.

Op 22 december 1978 kwam de Raad met een nieuw, uitgebreider voorstel voor een Zesde richtlijn. Behoudens enkele tekstuele wijzigingen – zonder dat blijkt dat daarmee een inhoudelijke wijziging is beoogd – is deze versie aangenomen door de Raad op 17 december 1982.

Ondanks dat splitsing met de publicatie van de Zesde richtlijn een gedetailleerde regeling kent op communautair niveau, is het karakter van de gehele regeling niet anders dan die van de voorgestelde bepaling – artikel 21 van het voorstel van 16 juni 1970 – in de Derde richtlijn. De bepaling die aanvankelijk zou worden opgenomen in de Derde richtlijn zou een facultatief karakter hebben. Dat laatste betekent dat implementatie van die bepaling alleen noodzakelijk is indien de wetgeving van een lidstaat voorziet in een mogelijkheid tot splitsing. Immers, alleen als de wetgeving van een lidstaat voorziet in de mogelijkheid tot splitsing, zou er sprake kunnen zijn van een mogelijk ontgaan van de beschermende bepalingen van de Derde richtlijn omtrent fusie. Het karakter van de Zesde richtlijn is dus niet anders dan dat van artikel 21 van de op 16 juni 1970 voorgestelde Derde richtlijn: de Zesde

23 Ontwerp voor een Zesde richtlijn betreffende splitsing van vennootschappen, 20 september 1978, R/2294/78 (ES 107).

richtlijn hoeft slechts geïmplementeerd te worden in nationale wetgeving indien de wetgeving van een lidstaat voorziet in een mogelijkheid tot splitsing.

De Zesde richtlijn moest voor 1 januari 1986 zijn omgezet in nationale wetgeving van de lidstaten (artikel 26 lid 1 Zesde richtlijn). Ook uit deze bepaling blijkt nog eens dat de Zesde richtlijn – anders dan de Derde richtlijn wat betreft fusie – niet verplicht tot invoering van de rechtshandeling splitsing in de wetgevingen van de lidstaten. De Zesde richtlijn diende slechts geïmplementeerd te worden indien de nationale wetgeving van een lidstaat reeds voorzag in de mogelijkheid tot splitsing.

Omdat de Zesde richtlijn geen verplichting voor de lidstaten inhoudt tot het opnemen van een regeling omtrent splitsing in hun wetgeving, bevat de Zesde richtlijn ook een voorziening voor de gevallen waarin na het van kracht worden van de Zesde richtlijn een lidstaat wetgeving voor splitsing opneemt. Indien een lidstaat na 1 januari 1986 de rechtshandeling splitsing toestaat, moet die wetgeving op het moment van inwerkingtreding in overeenstemming zijn met de bepalingen van de Zesde richtlijn (artikel 26 lid 2 Zesde richtlijn). Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor nieuwe lidstaten die op het moment van toetreding tot de EU een regeling kennen in hun nationale wetgeving die de rechtshandeling splitsing regelt. Op het moment van toetreding moet de wetgeving van een toetredende lidstaat in overeenstemming zijn met de Zesde richtlijn. Indien echter reeds een handeling of formaliteit voor een splitsing is verricht die is voorgeschreven door het nationale recht van de betreffende lidstaat vóórdat de Zesde richtlijn werking heeft – hetgeen zich kan voordoen bij toetreding van nieuwe lidstaten – is de Zesde richtlijn niet dwingend van toepassing (artikel 26 lid 5 Zesde richtlijn).

2.3.4 Wijzigingsrichtlijnen

De Zesde richtlijn heeft twee keren een wijziging ondergaan: in 2007 door middel van Richtlijn 2007/63/EG en in 2009 door middel van 2009/109/EG. Een hercodificatie of consolidatie van de Zesde richtlijn zoals bij de Derde richtlijn gebeurde met Richtlijn 2011/35/EU is tot op heden nog niet uitgevaardigd.

2.3.4.1 Richtlijn 2007/63/EG

Met Richtlijn 2007/63/EG van 13 november 2007²⁴ werden voor het eerst wijzigingen aangebracht in de Zesde richtlijn.²⁵ Tegelijkertijd werd met Richtlijn 2007/63/EG de Derde richtlijn betreffende fusie gewijzigd. Richtlijn 2007/63/EG vindt zijn oorsprong gedeeltelijk in de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende

24 Richtlijn 2007/63/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 tot wijziging van Richtlijn 78/855/EEG van de Raad en Richtlijn 82/891/EEG van de Raad wat betreft de verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies of splitsingen van naamloze vennootschappen, PB L 300 van 17.11.2007, p. 47 – 48.

25 Zie tevens: Schutte-Veenstra 2008-I, p. 31.

fusie.²⁶ Krachtens de Tiende richtlijn bestaat geen verplichting tot het laten onderzoeken door deskundigen – accountants – van het voorstel tot grensoverschrijdende fusie en het laten opstellen van een verslag voor de aandeelhouders van de aan de grensoverschrijdende fusie deelnemende vennootschappen, mits alle aandeelhouders van alle fuserende vennootschappen instemmen met het achterwege laten van een dergelijk onderzoek en verslag.

Voordat Richtlijn 2007/63/EG van kracht werd, voorzag de Derde richtlijn betreffende nationale fusie – in tegenstelling tot de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie – niet in de mogelijkheid voor vennootschappen af te zien van het onderzoek van de deskundigen en het verslag van de deskundige voor de aandeelhouders. De Zesde richtlijn liet, voordat Richtlijn 2007/63/EG van kracht werd, lidstaten zelf de mogelijkheid het onderzoek door de deskundige en het verslag al dan niet voor te schrijven (artikel 10 van de tot 13 november 2007 geldende Zesde richtlijn). Met het van kracht worden van Richtlijn 2007/63/EG heeft artikel 10 Zesde richtlijn voor de lidstaten een dwingend karakter gekregen in plaats van een optioneel karakter.

2.3.4.2 Richtlijn 2009/109/EG

Op 16 september 2009 hebben het Europees Parlement en de Raad Richtlijn 2009/109/EG aangenomen.²⁷ Deze Richtlijn strekt tot wijziging van Richtlijn 77/91/EEG²⁸ – de Tweede richtlijn betreffende kapitaalbescherming –, Richtlijn 78/855/EEG – de Derde richtlijn betreffende nationale fusie –, Richtlijn 82/891/EEG – de Zesde Richtlijn betreffende nationale splitsing – en Richtlijn 2005/56/EG²⁹ – de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie.

Richtlijn 2009/109/EG ziet op verlichting van verslaggeving- en documentatieverplichtingen in geval van nationale en grensoverschrijdende fusies en nationale splitsingen. Met Richtlijn 2009/109/EG werd nagestreefd de administratieve lasten

26 Artikel 8 lid 4 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Voor de EER relevante tekst) PB L 310 van 25.11.2005, p. 1 – 9.

27 Richtlijn 2009/109/EG van 16 september 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en Richtlijn 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft, PbEU 2005, L 259/14 van 2 oktober 2009, p. 14 – 21.

28 Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, PB L 26 van 31.1.1977, p. 1 – 13.

29 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, Pb L 310 van 25.11.2005, p. 1 – 9.

voor vennootschappen met 25% te verminderen in 2012.³⁰ Deze lastenverlichting zou onder meer bereikt kunnen worden door de in de Richtlijn opgenomen wijzigingen die zien op de vereenvoudiging en stroomlijning van de fusie- en splitsingsprocedure.³¹ Met de lastenverlichting zou tevens het concurrentievermogen van vennootschappen in de lidstaten van de EU worden versterkt. De Richtlijn is met ingang van 20 oktober 2009 van kracht (artikel 7 Richtlijn 2009/109/EG). Richtlijn 2009/109/EG moest uiterlijk 30 juni 2011 geïmplementeerd zijn in de nationale wetgeving van de lidstaten (artikel 6 Richtlijn 2009/109/EG).

Met Richtlijn 2009/109/EG werd de wijze van openbaarmaking van de splitsingsstukken gewijzigd in die zin dat de wetgeving van de lidstaten ook openbaarmaking langs elektronische weg mogen toestaan. Wat betreft dit vereiste is sprake van optionele harmonisatie. Met het van kracht worden van Richtlijn 2009/109/EG is tevens verandering gekomen in de informatieverstrekking betreffende financiële gegevens bij splitsing. De verplichting tussentijdse cijfers op te stellen indien de laatste jaarrekening betrekking heeft op een boekjaar dat meer dan zes maanden voor de datum van het splitsingsvoorstel is afgesloten geldt krachtens Richtlijn 2009/109/EG niet meer indien de gesplitste vennootschap een beursvennootschap is en een halfjaarlijks financieel verslag opstelt (artikel 9 lid 1 Zesde richtlijn).³² Lidstaten kunnen niet van deze regel afwijken, totale harmonisatie is met deze regel beoogd.

Tevens werd met Richtlijn 2009/109/EG de bescherming van schuldeisers gewijzigd. Na implementatie van Richtlijn 2009/109/EG moeten schuldeisers toegang kunnen hebben tot een administratieve of gerechtelijke instantie om adequate waarborgen te verkrijgen, indien voldoening van hun vordering als gevolg van de splitsing in het geding is. Ook hier is totale harmonisatie beoogd. Met Richtlijn 2009/109/EG werd tevens de splitsing waarbij de verkrijgende vennootschappen alle aandelen houden van de gesplitste vennootschap – de zogenoemde ‘upstream-splitsing’ – vereenvoudigd in die zin dat lidstaten niet langer goedkeuring van de splitsing door de algemene vergadering van de gesplitste vennootschap verplicht mogen stellen (artikel 20 Zesde richtlijn). Ook hierbij is sprake van totale harmonisatie. Ten slotte is in Richtlijn 2009/109/EG dwingend bepaald dat in het geval van een evenredige splitsing – de splitsing waarbij de aandelen van elk van in het kader van de splitsing nieuw op te richten vennootschappen worden uitgegeven aan de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap evenredig aan hun rechten in het kapitaal van de splitsende vennootschap – lidstaten de verplichtingen van de

30 Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad te Brussel, 8/9 maart 2007, Brussel, (03.05)(OR.en), p. 10, 11.

31 Zie uitgebreider: Van Eck en Roelofs 2010-II, p. 108 – 112.

32 Het gaat hier om een halfjaarlijks financieel verslag in de zin van Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG, PB L 390 van 31.12.2004, p. 38 – 57.

artikel 7 (betreffende een verslag (toelichting) bij het voorstel tot splitsing), artikel 8 (betreffende het onderzoek door onafhankelijke deskundigen (accountants)) en artikel 9 lid 1 sub c, d en e (betreffende de verplichting tot het opmaken van een tussentijdse vermogensopstelling en de neerlegging van bepaalde bescheiden voor de aandeelhouders), niet mogen opleggen. Totale harmonisatie is met deze bepaling beoogd.

2.4 Systematiek van de Zesde richtlijn

Met het recht van de Europese Unie – sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon onder andere neergelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie³³ – is een eigen, Europese, rechtsorde in het leven geroepen. De Europese rechtsorde is een geheel andere dan die kan ontstaan bij andere, ‘gewone’ bi- of multilaterale verdragen. De ‘eigen’ rechtsorde van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie maakt deel uit van de rechtsorde van de lidstaten en vormt daarmee in feite een monistisch stelsel.³⁴ Vanwege het bestaan van de eigen rechtsorde, kunnen bepalingen van EU-recht, afhankelijk van het soort regeling, rechtstreeks doorwerken in de nationale rechtsordes van de lidstaten, mits die bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn in die zin dat zij rechten voor onderdanen in het leven roepen.

De Zesde richtlijn heeft een bijzonder dwingend karakter. In tegenstelling tot andere richtlijnen, die meestal dwingend van karakter zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat, is de Zesde richtlijn *als geheel* ter optionele implementatie in die zin, dat de Zesde richtlijn niet verplicht tot invoering van de rechtshandeling splitsing in de wetgeving van de lidstaten. De Zesde richtlijn is slechts dwingend van karakter indien de rechtshandeling is opgenomen in de wetgeving van een lidstaat. Dat implementatie van de Zesde richtlijn optioneel is, blijkt uit de preambule bij de richtlijn. Daarin is opgenomen dat ‘het ter bescherming van de belangen van deelnemers en derden nodig is de wettelijke bepalingen van de Lid-Staten inzake splitsingen van naamloze vennootschappen te coördineren wanneer de Lid-Staten deze rechtshandeling toelaten’. Ook uit artikel 1 Zesde richtlijn blijkt dat de Zesde richtlijn een facultatief karakter heeft. Indien op het moment van het van kracht worden van de Zesde richtlijn de nationale wetgeving van een lidstaat reeds voorzag in een mogelijkheid tot splitsing, diende die wetgeving aangepast te worden aan de Zesde richtlijn en indien een lidstaat de rechtshandeling van de splitsing na het van kracht worden van de Zesde richtlijn wild of wil regelen, moest of moet de nationale wetgeving voldoen aan de eisen die worden gesteld door de Zesde richtlijn.

33 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, PB C 83 van 30.3.2010, p. 366 – 388.

34 Dit blijkt onder andere uit: HvJ EG 15 juli 1964, Zaak 6/64, Flaminio Costa tegen E.N.E.L., Jurisprudentie 1964, p. 1203. Zie tevens: Lenaerts en Van Nuffel 2008, p. 12.

2.4.1 *Gelaagde structuur van de Zesde richtlijn*

De Zesde richtlijn is sterk verwant aan de Derde richtlijn en aan Richtlijn 2011/35/EU. De reden daarvan is dat splitsing in veel opzichten economisch gezien het spiegelbeeld is van fusie. De mogelijkheden tot splitsing krachtens de Zesde richtlijn zijn nauw verwant aan de mogelijkheden tot fusie krachtens de Derde richtlijn en Richtlijn 2011/35/EU en ook de procedure tot splitsing is nauw verwant aan de procedure tot fusie. De verwantschap tussen de Zesde richtlijn en de Derde richtlijn en Richtlijn 2011/35/EU blijkt ook uit de vele schakelbepalingen in de Zesde richtlijn, waarin wordt verwezen naar bepalingen uit de Derde richtlijn of waarin bepalingen uit de Derde richtlijn van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Sinds de inwerkingtreding van Richtlijn 2011/35/EU moesten de verwijzingen naar de bepalingen in de Derde richtlijn gelezen worden volgens de transponeringstabel van Bijlage II bij Richtlijn 2011/35/EU. De Zesde richtlijn heeft door de verwijzingen naar de Derde richtlijn en Richtlijn 2011/35/EU een ‘gelaagde structuur’, waarbij enerzijds regelingen zijn opgenomen in de Zesde richtlijn zelf en anderzijds verwezen wordt naar regelingen uit de Derde richtlijn.

Hoewel de overeenkomsten tussen fusie en splitsing groot zijn, zijn er toch enkele grote verschillen tussen fusie en splitsing. Verwijzingen in de Zesde richtlijn naar de Derde richtlijn en Richtlijn 2011/35/EU kunnen daarom niet zonder meer gelezen worden in de betekenis die die bepalingen hebben in de Derde richtlijn of Richtlijn 2011/35/EU. Daar waar de Zesde richtlijn verwijst naar bepalingen van de Derde richtlijn, bepaalt artikel 2 lid 3 Zesde richtlijn dat bepaalde zinnen van bepalingen uit de Derde richtlijn anders moeten worden gelezen. In plaats van ‘vennootschappen die de fusie aangaan’ moet gelezen worden: ‘vennootschappen die aan de splitsing deelnemen’, in plaats van ‘overgenomen vennootschap’ moet gelezen worden: ‘gesplitste vennootschap’, in plaats van ‘overnemende vennootschap’ moet gelezen worden: ‘elke verkrijgende vennootschap’ en in plaats van ‘fusievoorstel’ moet gelezen worden: ‘splitsingsvoorstel’. Daar waar de Zesde richtlijn splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen op het oog heeft, moet volgens artikel 22 lid 1 Zesde richtlijn in plaats van ‘vennootschappen die aan de splitsing deelnemen’ worden gelezen: ‘de gesplitste vennootschap’ en in plaats van verkrijgende vennootschap: ‘nieuwe vennootschap’.

2.5 Kenmerken van splitsing in de zin van de Zesde richtlijn

2.5.1 *Omwisseling van aandelen*

Omwisseling van aandelen is een kenmerk van splitsing. De aandeelhouders van de gesplitste vennootschap worden van rechtswege en gelijktijdig met het van kracht worden van de splitsing aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap(pen) (artikel 17 lid 1 sub b Zesde richtlijn). Anders dan bij fusie in de zin van de Derde

richtlijn, worden de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap niet aandeelhouder van één vennootschap – zijnde de verkrijgende vennootschap –, maar worden zij aandeelhouder van meerdere – verkrijgende – vennootschappen, of wanneer de splitsende vennootschap blijft voortbestaan, van ten minste één verkrijgende vennootschap. In dat laatste geval blijven zij aandeelhouder van de gesplitste vennootschap. Het resultaat na het van kracht worden van een splitsing wijkt daarmee af van het resultaat na het van kracht worden van een fusie.

2.5.2 Overgang van vermogen

Een ander belangrijk kenmerk en rechtsgevolg van splitsing in de zin van de Zesde richtlijn is dat het gehele vermogen van de gesplitste vennootschap, zowel de rechten als verplichtingen, overgaat op de verkrijgende vennootschappen. De Zesde richtlijn benadrukt dat deze vermogensovergang niet alleen geldt tussen de gesplitste vennootschap en de verkrijgende vennootschappen, maar ook ten opzichte van derden (artikel 17 lid 1 sub a Zesde richtlijn). Onder deze derden kunnen bijvoorbeeld schuldeisers begrepen worden.

In tegenstelling tot artikel 19 lid 1 Derde richtlijn bepaalt artikel 17 lid 1 sub a Zesde richtlijn niet dat er sprake is van *een overgang onder algemene titel*. Niettemin is een dergelijke overgang onder algemene titel wel bedoeld.

Naast dat de Zesde richtlijn dwingend voorschrijft dat de splitsing van rechtswege een overgang van rechten en verplichtingen tot gevolg heeft van de gesplitste vennootschap op de verkrijgende vennootschappen, bepaalt de Zesde richtlijn tevens dat er geen afbreuk wordt gedaan aan de wetgevingen van de lidstaten die 'bijzondere formaliteiten voorschrijven om de overgang van bepaalde door de splitsing aangebrachte goederen, rechten en verplichtingen aan derden te kunnen tegenwerpen' (artikel 17 lid 3 Zesde richtlijn). Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de mogelijke verplichtingen die lidstaten kunnen opleggen bij de overgang van vorderingen of verplichtingen ten aanzien van inschrijving van de overgang in openbare registers. De Zesde richtlijn bepaalt dwingend dat de verkrijgende vennootschappen zelf deze formaliteiten kunnen verrichten, maar dat lidstaten ook mogen bepalen dat de gesplitste vennootschap zelf de formaliteiten mag verrichten gedurende een termijn van maximaal zes maanden na de datum waarop de splitsing van kracht wordt (artikel 17 lid 3 Zesde richtlijn).

2.6 De reikwijdte van de Zesde richtlijn

De reikwijdte van de Zesde richtlijn is niet onbeperkt. In de eerste plaats is de Zesde richtlijn, zoals eerder opgemerkt, vanwege het semi-dwingende karakter alleen van toepassing, indien het nationale recht van een lidstaat voorziet in een regeling omtrent splitsing.

De Zesde richtlijn is alleen van toepassing op de in artikel 1 lid 1 Richtlijn 2011/35/EU genoemde vennootschappen (artikel 1 lid 1 en 2 Zesde richtlijn). Voor wat betreft het Nederlandse recht valt de naamloze vennootschap als bedoeld in Titel 2.4 BW onder de reikwijdte van de Zesde richtlijn. Minimumharmonisatie is beoogd met deze bepaling. Dit neemt echter niet weg dat lidstaten de vrijheid hebben de Zesde richtlijn ook op andere rechtsvormen toe te passen, bijvoorbeeld op vennootschappen met een besloten karakter – zoals besloten vennootschappen – of rechtspersonen die geen kapitaalvennootschap zijn, zoals verenigingen, stichtingen, coöperatieve verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen en (al dan niet rechtspersoonlijkheid bezittende) personenvennootschappen.

De Zesde richtlijn verplicht niet tot implementatie voor coöperatieve verenigingen welke in de vorm van een naamloze vennootschap zijn opgericht, de reikwijdte van de Zesde richtlijn is hiertoe beperkt via een schakelbepaling in artikel 1 lid 4 Zesde richtlijn, welke verwijst naar artikel 1, leden 2 en 3 Richtlijn 2011/35/EU. Lidstaten hebben echter wel de vrijheid de regels van de Zesde richtlijn toe te passen op andere rechtspersonen dan naamloze vennootschappen, waaronder de in artikel 1 lid 4 Zesde richtlijn bedoelde coöperatieve verenigingen. Hier is sprake van minimumharmonisatie, maar ook van optionele harmonisatie. Ten slotte hoeven lidstaten de Zesde richtlijn niet toe te passen wanneer de gesplitste vennootschap is gewikkeld in een faillissement, akkoord of andere soortgelijke procedure. Lidstaten hebben echter wel de mogelijkheid de regels van de Zesde richtlijn toe te passen indien een te splitsen vennootschap in een dergelijke situatie gewikkeld is. Ook hier is er sprake van optionele harmonisatie (artikel 2 lid 2 Zesde richtlijn jo. artikel 3 lid 2 Richtlijn 2011/35/EU).

De Zesde richtlijn ziet alleen op de splitsing door middel van overneming en de splitsing door middel van oprichting van nieuwe vennootschappen, of een combinatie daarvan. Bij de splitsing door overneming bestaan de overnemende vennootschappen ten tijde van de splitsing reeds, bij de splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen worden de verkrijgende vennootschappen in het kader van de splitsing nieuw opgericht. De splitsing door overneming wordt beheerst door Hoofdstuk I van de Zesde richtlijn (artikel 1 lid 1 Zesde richtlijn), de splitsing door oprichting van een nieuwe vennootschap wordt beheerst door Hoofdstuk II van de Zesde richtlijn (artikel 1 lid 2 Zesde richtlijn).

2.6.1 Splitsing door overneming

De splitsing door overneming is gedefinieerd in artikel 2 lid 1 Zesde richtlijn. Splitsing door overneming is ‘de rechtshandeling, waarbij het vermogen van een vennootschap, zowel rechten als verplichtingen, als gevolg van haar ontbinding zonder vereffening, in zijn geheel op verscheidene vennootschappen overgaat tegen uitreiking aan de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap, van aandelen van

de vennootschappen die delen in het gesplitste vermogen', de verkrijgende vennootschappen. Bij de splitsing door overneming zijn altijd meerdere, reeds bestaande verkrijgende vennootschappen betrokken, zij worden niet in het kader van de splitsing nieuw opgericht. Splitsing door overneming naar slechts één verkrijgende, reeds bestaande vennootschap zou geen splitsing zijn, maar louter een substitutie van de 'gesplitste' vennootschap door de verkrijgende vennootschap. Deze substitutie is echter niet aan de orde bij een afsplitsing (zie verder paragraaf 2.6.4.).

Kenmerkend voor splitsing is de omwisseling van aandelen. Tegenover het verlies van de aandelen in de gesplitste vennootschap staat een uitreiking van aandelen in de verkrijgende vennootschap(pen). Naast de uitreiking van de aandelen in de verkrijgende vennootschap(pen) kan een bijbetaling in geld plaatsvinden, welke niet meer mag bedragen dan 10% van de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van de uitgereikte aandelen (artikel 2 lid 1, laatste volzin Zesde richtlijn). In de Zesde richtlijn is niet bepaald op welke wijze de aandelen in de verkrijgende vennootschap(pen) worden uitgereikt. De wijze waarop de aandelen civielrechtelijk worden verkregen door de – voormalig – aandeelhouders van de gesplitste vennootschap, wordt bepaald aan de hand van het recht van de lidstaat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, de *lex societatis*.

2.6.2 Splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen

De splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen is gedefinieerd in artikel 21 Zesde richtlijn. Bij de splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen gaat 'het vermogen van de gesplitste vennootschap, zowel rechten als verplichtingen, als gevolg van ontbinding zonder vereffening, in zijn geheel over op verscheidene nieuw opgerichte vennootschappen tegen uitreiking aan aandeelhouders van de gesplitste vennootschap van aandelen van de verkrijgende vennootschappen, eventueel met een bijbetaling in geld welke niet meer mag bedragen dan 10% van de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van de uitgereikte aandelen'. Via een schakelbepaling in artikel 21 lid 2 Zesde richtlijn is artikel 4 lid 2 Richtlijn 2011/35/EU van overeenkomstige toepassing verklaard. Krachtens dat artikel kan een lidstaat bepalen dat splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen kan plaatsvinden wanneer de gesplitste vennootschap in vereffening is, mits deze mogelijkheid wordt beperkt tot vennootschappen die nog geen begin hebben gemaakt met de verdeling van hun vermogen onder hun aandeelhouders.

2.6.3 Gecombineerde splitsing

De Zesde richtlijn ziet eveneens op de 'gecombineerde' splitsing, waarbij een splitsing door overneming als omschreven in artikel 2 lid 1 Zesde richtlijn wordt

gecombineerd met een splitsing door oprichting van één of meer nieuwe vennootschappen als omschreven in artikel 21 lid 1 Zesde richtlijn. De gecombineerde splitsing wordt beheerst door Hoofdstuk I van de Zesde richtlijn en artikel 22 Zesde richtlijn (artikel 1 lid 3 Zesde richtlijn).

2.6.4 *Uitbreiding tot andere vormen van splitsing*

De Zesde richtlijn is tevens van toepassing op andere soorten splitsing dan de splitsing door overneming en de splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen, uiteraard mits die vormen van splitsing zijn of in een later stadium worden opgenomen in de wetgeving van een lidstaat. De reden hiervoor is begrijpelijk. Indien de Zesde richtlijn niet van toepassing zou zijn op andere vormen van splitsing, zou via deze andere vormen van splitsing alsnog ontkomen kunnen worden aan de beschermende bepalingen van de Derde richtlijn en Richtlijn 2011/35/EU.

Als eerste ‘andere soort splitsing’ noemt artikel 24 Zesde richtlijn de splitsing waarbij krachtens het nationale recht van de lidstaat een bijbetaling is toegestaan welke groter is dan 10%. Indien de wetgeving van een lidstaat een bijbetaling van meer dan 10% toestaat, gaat het principe van omwisseling van aandelen, één van de kenmerkende elementen van een splitsing in de zin van de Zesde richtlijn, gedeeltelijk teniet, omdat niet alle aandeelhouders van de gesplitste vennootschap aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschappen, maar genoeg moeten nemen met een betaling in geld of dat de aandeelhouders naast aandelen ook een vergoeding in geld krijgen. Ook op deze splitsing verklaart de Zesde richtlijn dwingend Hoofdstuk I (splitsing door overneming), II (splitsing door oprichting) en III (splitsing onder toezicht van de rechter, zie tevens paragraaf 2.7.11) van de Zesde richtlijn van overeenkomstige toepassing.

Als tweede noemt artikel 25 Zesde richtlijn dat Hoofdstuk I, II en III van de Zesde richtlijn eveneens van toepassing zijn indien de wetgeving van een lidstaat de splitsing toestaat zonder dat de gesplitste vennootschap ophoudt te bestaan. Hieronder valt de reeds in paragraaf 2.2.1. behandelde afsplitsing.

2.7 **Procedure tot splitsing**

De procedures betreffende de splitsing door overneming en de splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen zoals beschreven in de Zesde richtlijn komen grotendeels met elkaar overeen. Om die reden zullen de procedures voor splitsing door overneming en de splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen integraal worden behandeld.

2.7.1 Voorovereenkomst tot splitsing

De Zesde richtlijn bevat geen bepalingen voor een overeenkomst die gesloten wordt tussen partijen omtrent de voorgenomen splitsing. Een dergelijke overeenkomst zou gesloten kunnen worden tussen de aandeelhouders of bestuurders van de splitsende vennootschap en de overnemende vennootschap(en). De voorovereenkomst tot splitsing wordt derhalve beheerst door het nationale recht van een lidstaat en door het internationaal privaatrecht van die lidstaat, waarvan de Rome I-Verordening³⁵ deel uitmaakt.

2.7.2 Voorstel tot splitsing

De bestuurs- of leidinggevende organen van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen moeten een schriftelijk splitsingsvoorstel opstellen. De Zesde richtlijn bepaalt dwingend dat er voor iedere splitsing slechts één eensluidend splitsingsvoorstel is. De bestuurs- of leidinggevende organen van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen – dat zijn de gesplitste vennootschap en de reeds bestaande verkrijgende vennootschappen – dienen met elkaar overeenstemming te bereiken over het splitsingsvoorstel.

De Zesde richtlijn bevat in artikel 3 lid 2 sub a tot en met i Zesde richtlijn een opsomming van gegevens die het splitsingsvoorstel moet bevatten. Aangezien met deze bepaling slechts een minimumharmonisatie beoogd is en omdat deze opsomming limitatief is, hebben de lidstaten de mogelijkheid om dit artikel zodanig te implementeren in nationale wetgeving dat meerdere gegevens moeten worden opgenomen in het splitsingsvoorstel.

Algemene gegevens

Als eerste gegevens van het splitsingsvoorstel noemt artikel 3 lid 2 sub a Zesde richtlijn de rechtsvorm, de naam en de zetel van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen. Aangezien het incorporatiestelsel en het siège réel stelsel binnen de lidstaten van de EU als aanknopingspunt ter bepaling van het op een vennootschap toepasselijke recht op gelijke voet naast elkaar staan, is in deze bepaling gekozen voor het woord ‘zetel’, zonder nader te definiëren of het de werkelijke zetel, hoofdvestiging of hoofdbestuur, dan wel de statutaire zetel betreft. Dit heeft tot gevolg dat, indien een splitsing plaatsvindt in een lidstaat waar het siège réel stelsel wordt gehanteerd, in ieder geval de werkelijke zetel – hoofdbestuur of hoofdvestiging – moet worden opgenomen in het voorstel tot splitsing, terwijl indien een splitsing plaatsvindt in een lidstaat die de incorporatieleer hanteert, de statutaire zetel dient te worden vermeld in het splitsingsvoorstel.

³⁵ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PB L 177 van 4.7.2008, p. 6 – 16.

Ieder bijzonder voordeel dat wordt toegekend aan deskundigen in de zin van artikel 8 lid 1 Zesde richtlijn – de persoon of personen die het splitsingsvoorstel dienen te onderzoeken, in de meeste lidstaten een accountant –, alsmede aan leden van het bestuur of toezichthoudend orgaan van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen, moet worden vermeld (artikel 3 lid 2 sub g Zesde richtlijn).

Omwisseling van aandelen

Het splitsingsvoorstel moet de ruilverhouding van de aandelen bevatten, evenals het eventuele bedrag van de bijbetaling in geld (artikel 3 lid 2 sub b Zesde richtlijn). Voldoende duidelijk moet worden hoeveel aandelen in de verkrijgende vennootschappen worden verkregen per aandeel in de gesplitste vennootschap. Als derde gegeven schrijft artikel 3 lid 2 sub c Zesde richtlijn voor op welke wijze de aandelen in de verkrijgende vennootschappen worden uitgereikt. Lidstaten hebben zelf de vrijheid te bepalen op welke wijze de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap civielrechtelijk de aandelen verkrijgen. De aandelen kunnen bijvoorbeeld worden geleverd of worden toegekend aan de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap.

Het splitsingsvoorstel moet de datum vermelden vanaf welke de aandelen recht geven te delen in de winst en elke bijzondere regeling betreffende dit recht (artikel 3 lid 2 sub d Zesde richtlijn) en de datum vanaf welke de handelingen van de gesplitste vennootschap boekhoudkundig geacht worden te zijn verricht voor rekening van één van de verkrijgende vennootschappen (artikel 3 lid 2 sub e Zesde richtlijn).

In het kader van de omwisseling van aandelen, moeten in het splitsingsvoorstel tevens de rechten worden vermeld die de verkrijgende vennootschappen toekennen aan de houders van aandelen met bijzondere rechten en houders van andere effecten dan aandelen of de jegens hen voorgestelde maatregelen (artikel 3 lid 2 sub f Zesde richtlijn).

Het splitsingsvoorstel moet tevens de verdeling van de aandelen van de verkrijgende vennootschappen onder de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap vermelden, alsmede het criterium waarop die verdeling is gebaseerd (artikel 3 lid 2 sub i Zesde richtlijn). Deze bepaling staat toe dat een andere verhouding van aandelenbezit onder de aandeelhouders van de verkrijgende vennootschappen zal bestaan dan bij de gesplitste vennootschap het geval was. Hierdoor kunnen lidstaten hun wetgeving zodanig vormgeven, dat sommige aandeelhouders niet aandeelhouder worden van alle verkrijgende vennootschappen, maar slechts van één vennootschap of enkele vennootschappen of dat in het kader van een splitsing de relatieve belangen van onderscheiden aandeelhouders in de verkrijgende vennootschap(en) onevenredig zijn aan hun relatieve belangen in de splitsende vennootschap.

Indien bij de splitsing nieuwe vennootschappen worden opgericht, dient het splitsingsvoorstel aanvullende informatie te bevatten. Naast de gegevens als hierboven opgesomd, moeten tevens de rechtsvorm, de naam en de zetel van elke nieuw opgerichte vennootschap worden vermeld (artikel 22 lid 2 Zesde richtlijn).

Overgang activa en passiva

Ten slotte dient het splitsingsvoorstel een nauwkeurige beschrijving en verdeling te bevatten van de aan elke verkrijgende vennootschap over te dragen delen van de activa en passiva van het vermogen van de gesplitste vennootschap (artikel 3 lid 2 sub h Zesde richtlijn). Een vergelijkbare bepaling is niet opgenomen ten aanzien van het fusievoorstel als bedoeld in artikel 5 lid 2 Richtlijn 2011/35/EU. Uit de aard van de splitsing volgt dat een dergelijke verdeling noodzakelijk is. Bij een fusie gaat het vermogen van één of meerdere verkrijgende vennootschappen over op één verkrijgende vennootschap, terwijl bij splitsing in de zin van de Zesde richtlijn minstens twee verkrijgende vennootschappen betrokken zijn, tenzij sprake is van een afsplitsing. Ook bij een afsplitsing is een beschrijving en verdeling van de aan elke verkrijgende vennootschap over te dragen activa en passiva noodzakelijk, aangezien bij een afsplitsing de gesplitste vennootschap blijft voortbestaan. Gezien het feit dat bij een splitsing in principe meer dan één verkrijgende vennootschap betrokken is, moet een nauwkeurige beschrijving en verdeling van de aan elke verkrijgende vennootschap over te dragen delen van de activa en passiva van het vermogen worden opgenomen in het splitsingsvoorstel, of, in het geval van afsplitsing, moet duidelijk zijn welke vermogensbestanddelen overgaan naar de verkrijgende vennootschap en welke vermogensbestanddelen achterblijven bij de gesplitste vennootschap.

Artikel 3 lid 3 Zesde richtlijn bevat een dwingendrechtelijke voorziening – totale harmonisatie is hier beoogd – indien een gedeelte van de activa van het vermogen van de gesplitste vennootschap in het splitsingsvoorstel niet wordt toegescheiden aan één van de verkrijgende vennootschappen en interpretatie van het splitsingsvoorstel geen uitsluitel biedt over de verdeling van deze activa aan de verkrijgende vennootschappen. Bij deze onduidelijkheid wordt krachtens artikel 3 lid 3 sub a Zesde richtlijn het gedeelte van de activa of de waarde daarvan verdeeld over alle verkrijgende vennootschappen, evenredig aan het netto-actief dat aan ieder van de verkrijgende vennootschappen in het splitsingsvoorstel is toegescheiden.

Eenzelfde bepaling bevat artikel 3 lid 3 sub b Zesde richtlijn indien onduidelijkheid bestaat over de toedeling – de Zesde richtlijn spreekt van ‘toescheiding’ – van de passiva. Indien niet duidelijk is of een gedeelte van de passiva van het vermogen wordt toegescheiden en interpretatie van het splitsingsvoorstel geen uitsluitel geeft over de verdeling van die passiva, zijn alle vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk voor die passiva. Deze bepaling is net als artikel 3 lid 3 sub a Zesde richtlijn eveneens dwingend voor de lidstaten, zij het dat de lidstaten wel kunnen bepalen dat de hoofdelijke aansprakelijkheid wordt beperkt tot het aan elke verkrijgende vennootschap toegescheiden netto-actief, zodat verdere uitwinning bij de verkrijgende vennootschappen niet mogelijk is. De mogelijkheid de hoofdelijke aansprakelijkheid te beperken tot het toegescheiden netto-actief creëert mogelijkheden voor lidstaten de splitsing te oepasbaar te maken in geval van insolventie van vennootschappen.

2.7.3 *Verslag bestuurs- of leidinggevende organen*

Het bestuurs- of leidinggevende orgaan van elke vennootschap die aan de splitsing deelneemt stelt voor de betreffende vennootschap een uitgewerkt schriftelijk verslag op waarin het splitsingsvoorstel en de ruilverhouding van de aandelen en de maatstaf van verdeling van de aandelen onder de aandeelhouders uit juridisch en economisch oogpunt worden toegelicht en verantwoord (artikel 7 lid 1 Zesde richtlijn). Eveneens moeten de bijzondere moeilijkheden worden vermeld die zich eventueel bij de waardering hebben voorgedaan (artikel 7 lid 2 Zesde richtlijn). Indien van toepassing, moet in het verslag ook melding worden gemaakt van de opstelling van het rapport inzake het toezicht op de inbreng in natura overeenkomstig artikel 27 lid 2 Tweede richtlijn³⁶ voor wat betreft de verkrijgende vennootschappen. Deze laatste bepaling in de Zesde richtlijn is gewijzigd bij Richtlijn 2009/109/EG.³⁷ De wijziging in de Tweede richtlijn betrof onder andere de mogelijkheid voor lidstaten het verplichte rapport van een onafhankelijke deskundige achterwege te laten bij inbreng anders dan in geld ter gelegenheid van een verhoging van het geplaatste kapitaal die geschiedt met het oog op een fusie, splitsing of openbaar bod, indien er al een verslag door een onafhankelijk deskundige is opgesteld over het voorstel tot fusie of splitsing (artikel 27 Tweede richtlijn). Gezien het mogelijk facultatieve karakter van het rapport inzake het toezicht op de inbreng in natura – één en ander is afhankelijk van de implementatie van de Tweede richtlijn in de nationale wetgeving van de lidstaten – moest tevens artikel 7 lid 2 Zesde richtlijn hierop aangepast worden.³⁸

Het bestuurs- of leidinggevende orgaan van elke vennootschap die aan de splitsing deelneemt hoeft geen verslag op te stellen indien alle aandeelhouders en houders van andere effecten waaraan stemrecht is verbonden van alle vennootschappen die aan de splitsing deelnemen hiermee hebben ingestemd (artikel 10 lid 2 Zesde richtlijn), mits de lidstaten dat in hun wetgeving toestaan. Implementatie van deze bepaling is optioneel. Deze bepaling is opgenomen in de Zesde richtlijn sinds het van kracht worden van Richtlijn 2007/63/EG.

Krachtens Richtlijn 2009/109/EG mogen lidstaten het verslag van het bestuurs- of leidinggevende orgaan niet verplicht stellen – er is sprake van totale harmonisatie – indien bij de splitsing nieuwe vennootschappen worden opgericht en de aandelen van elk van de nieuwe vennootschap worden uitgegeven aan de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap evenredig aan hun rechten in het kapitaal van de

36 Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, PB L 26 van 31.1.1977, p. 1 – 13.

37 Richtlijn 2009/109/EG.

38 Zie tevens: Van Eck en Roelofs 2010-II, p. 108 – 112.

gesplitste vennootschap (artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn). De achterliggende gedachte van deze bepaling is de administratieve lasten voor vennootschappen te verlichten. Bij deze vorm van splitsing, waarbij de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap naar evenredigheid aandeelhouder worden van de nieuw opgerichte vennootschappen, vindt als het ware een substitutie plaats van de aandelen in de nieuw opgerichte verkrijgende vennootschappen voor de aandelen in de gesplitste vennootschap.

2.7.4 Rol deskundigen

Het splitsingsvoorstel moet voor iedere vennootschap die aan de splitsing deelneemt worden onderzocht door één of meer van de vennootschap onafhankelijke deskundigen – zoals bijvoorbeeld accountants – die door de overheid of rechter zijn aangewezen of toegelaten (artikel 8 lid 1 Zesde richtlijn). Deze deskundigen dienen een schriftelijk verslag op te stellen voor de aandeelhouders. De deskundigen kunnen natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen zijn. Wat betreft dit laatste moet gedacht worden aan samenwerkingsverbanden tussen deskundigen die hun samenwerking hebben vormgegeven door middel van een vennootschap, al dan niet met rechtspersoonlijkheid.

Het vereiste dat voor elke vennootschap een afzonderlijke deskundige het splitsingsvoorstel moet onderzoeken, kan een onevenredig zware administratieve last opleveren, met name wanneer de gesplitste en de verkrijgende vennootschappen deel uitmaken van één concern. Derhalve is in artikel 8 lid 1 tweede volzin Zesde richtlijn bepaald dat lidstaten de vrijheid hebben te bepalen dat één of meer onafhankelijke deskundigen worden aangewezen voor alle vennootschappen die aan de splitsing deelnemen, indien die aanwijzing op gezamenlijk verzoek van deze vennootschappen door de overheid of door de rechter is geschied.

Via een schakelbepaling (artikel 8 lid 2 Zesde richtlijn) is artikel 10 lid 2 en lid 3 Richtlijn 2011/35/EU van toepassing verklaard. Deze artikelliden van Richtlijn 2011/35/EU gaan over de inhoud van het verslag van deskundigen die het fusievoorstel moeten goedkeuren en zijn via de schakelbepaling dwingend van toepassing op de splitsing. De deskundigen moeten in hun verslag verklaren of de ruilverhouding naar hun mening redelijk is en in de verklaring moet ten minste worden aangegeven volgens welke methode(n) de voorgestelde ruilverhouding – omwisseling van aandelen – is vastgesteld en of deze methode(n) in het betreffende geval passen en tot welke waarden deze methoden leiden. In het verslag moeten bovendien de bijzondere moeilijkheden worden vermeld die zich eventueel bij de waardering hebben voorgedaan. Op basis van artikel 8 lid 2 Zesde richtlijn jo. artikel 10 lid 3 Richtlijn 2011/35/EU hebben de deskundigen het recht van de vennootschappen die bij de splitsing betrokken zijn te verlangen dat hen alle dienstige inlichtingen en bescheiden worden verstrekt en dat zij alle nodige controles kunnen verrichten.

De Zesde richtlijn bepaalt sinds het van kracht worden van Richtlijn 2007/63/EG dwingend dat het onderzoek van het splitsingsvoorstel en het deskundigenverslag

niet vereist zijn indien alle aandeelhouders en houders van andere effecten waaraan stemrecht is verbonden van alle vennootschappen die aan de splitsing deelnemen hiermee hebben ingesteld (artikel 10 lid 1 Zesde richtlijn).

Lidstaten mogen het deskundigenverslag niet verplichten indien bij de splitsing nieuwe vennootschappen worden opgericht en de aandelen van elk van de nieuwe vennootschappen worden uitgegeven aan de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap evenredig aan hun rechten in het kapitaal van de gesplitste vennootschap (artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn).

2.7.5 Openbaarmaking en inzagerecht

Artikel 4 Zesde richtlijn bepaalt dat het splitsingsvoorstel voor elke vennootschap die aan de splitsing deelneemt uiterlijk een maand voor de datum van de algemene vergadering die over het splitsingsvoorstel moet besluiten openbaar moet worden gemaakt (artikel 4 lid 1 Zesde richtlijn). Door middel van de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel hebben de aandeelhouders, crediteuren, werknemers en andere belanghebbenden van de bij de splitsing betrokken vennootschappen de mogelijkheid zich over de voorgenomen splitsing te informeren.

Voor de wijze waarop de openbaarmaking dient te geschieden, wordt in artikel 4 Zesde richtlijn verwezen naar artikel 3 van de Eerste richtlijn.³⁹ De Zesde richtlijn is dwingend op het punt van de openbaarmaking, wat betreft de wijze van openbaarmaking hebben de lidstaten vrijheid binnen de grenzen van artikel 3 Eerste richtlijn te bepalen hoe die openbaarmaking moet plaatsvinden. Dit laatste houdt in dat lidstaten de vrijheid hebben deze openbaarmaking te laten geschieden door middel van hetzij een centraal register, hetzij een handelsregister of een vennootschapsregister (artikel 3 lid 1 Eerste richtlijn).

Met het van kracht worden van Richtlijn 2009/109/EG is artikel 4 Zesde richtlijn aanzienlijk gewijzigd. Deze uitbreidingen betreffen vooral de publicatie van het splitsingsvoorstel langs elektronische weg. Voor de publicatie langs elektronische weg geeft de Zesde richtlijn een aantal opties voor de lidstaten. Lidstaten hebben de vrijheid te bepalen dat het splitsingsvoorstel (i) op de website van de vennootschap wordt gepubliceerd; dan wel via (ii) een centraal elektronisch platform; dan wel via (iii) een andere website dan een centraal elektronisch platform.

Het splitsingsvoorstel dient gedurende een onafgebroken periode, die aanvangt ten minste een maand voor de dag van de algemene vergadering waarop het besluit over het splitsingsvoorstel moet worden genomen (zie tevens paragraaf 2.6.6.) en die niet eerder eindigt dan de sluiting van de vergadering, openbaar te zijn. De

39 Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, PB L 65 van 14.3.1968, p. 8 – 12.

openbaarmaking moet gratis zijn. De vraag is echter of de functie van de openbaarmaking voldoende tot uitdrukking komt als de elektronische openbaarmaking is onderbroken door technische problemen. De lidstaten hebben zelf de mogelijkheid hieromtrent bepalingen vast te stellen.

Artikel 4 Zesde richtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid een regeling op te nemen die inhoudt dat de openbaar gemaakte informatie een specifieke periode na de algemene vergadering op de website van de vennootschap, het centraal elektronisch platform of een andere website toegankelijk moet zijn.

Een ander onderdeel van de informatievoorziening voor aandeelhouders wordt gevormd door het recht van de aandeelhouder bepaalde bescheiden in te zien. Artikel 9 Zesde richtlijn bepaalt dwingend dat iedere aandeelhouder ten minste een maand vóór de datum van de algemene vergadering die over het splitsingsvoorstel moet besluiten het recht heeft ten kantore van de vennootschap kennis te nemen van het splitsingsvoorstel, de jaarrekeningen en de jaarverslagen over de laatste drie boekjaren van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen. Daarnaast heeft iedere aandeelhouder het recht kennis te nemen van de verslagen van de bestuurs- of leidinggevende organen van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen (artikel 9 lid 1 sub d Zesde richtlijn) en van de in artikel 8 Zesde richtlijn bedoelde verslagen en rapporten van deskundigen, indien aanwezig (artikel 9 lid 1 sub e Zesde richtlijn). Aandeelhouders hebben recht op een kosteloos afschrift van deze bescheiden, of wanneer de aandeelhouders daarmee hebben ingestemd, mogen deze afschriften per elektronische post worden toegezonden (artikel 9 lid 3 Zesde richtlijn). De verplichting tot toezending per elektronische post geldt echter niet indien de website van de vennootschap aan aandeelhouders de mogelijkheid biedt de bedoelde bescheiden te downloaden en af te drukken.

De aan de splitsing deelnemende vennootschappen zijn vrijgesteld van het vereiste dat de bescheiden ten kantore van de vennootschap beschikbaar moeten worden gesteld indien deze bescheiden op de website van de vennootschap openbaar worden gemaakt gedurende een ononderbroken periode, die aanvangt ten minste één maand voor de dag van de algemene vergadering waarop het besluit over het splitsingsvoorstel moet worden genomen en die niet eerder eindigt dan de sluiting van die vergadering (artikel 9 lid 4 Zesde richtlijn). Dit artikellid heeft een dwingende strekking en lidstaten kunnen niet afwijken van deze bepaling. Lidstaten mogen wel verlangen dat de informatie gedurende een specifieke periode na de algemene vergadering op de website blijft staan.

Ten slotte mogen lidstaten de openbaarmaking van tussentijdse cijfers, verslagen van bestuurs- of leidinggevende organen en verslagen van deskundigen (artikel 9 lid 1 sub c, d en e Zesde richtlijn) niet verplichten indien bij de splitsing nieuwe vennootschappen worden opgericht en de aandelen van elk van de nieuwe vennootschappen worden uitgegeven aan de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap evenredig aan hun rechten in het kapitaal van de gesplitste vennootschap (artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn).

2.7.6 Goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders

Artikel 5 lid 1 Zesde richtlijn bepaalt dwingend dat de algemene vergadering van elke vennootschap die aan de splitsing deelneemt – dat zijn de algemene vergaderingen van de gesplitste vennootschap en van de reeds bestaande verkrijgende vennootschappen – goedkeuring moet verlenen voor de splitsing. In artikel 5 lid 1 Zesde richtlijn wordt wat betreft de voor deze besluiten vereiste meerderheden, inhoud en de noodzaak van afzonderlijke stemming verwezen naar artikel 7 Richtlijn 2011/35/EU. Het verlenen van goedkeuring aan de splitsing betekent dat het besluit van de algemene vergadering betrekking heeft op de goedkeuring van het splitsingsvoorstel en op de statutenwijziging die eventueel voor de splitsing nodig is (artikel 7 lid 3 Richtlijn 2011/35/EU).

Het besluit tot goedkeuring van de splitsing moet ten minste worden genomen met een meerderheid van niet minder dan twee derde van de stemmen verbonden aan de vertegenwoordigde effecten of aan het vertegenwoordigde geplaatste kapitaal. Lidstaten hebben de vrijheid te bepalen dat een gewone meerderheid in de algemene vergadering voldoende is, indien ten minste de helft van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd. In dat geval zijn echter tevens de bepalingen inzake statutenwijziging van toepassing, voor het geval de statuten strengere voorschriften bevatten voor de besluitvorming.

Daarnaast is voor het besluit tot splitsing een afzonderlijke stemming vereist, indien er verschillende soorten aandelen zijn, indien de splitsing afbreuk doet aan de rechten van de houders van een bepaalde soort aandelen, zoals preferente aandelen of prioriteitsaandelen (artikel 7 lid 2 Richtlijn 2011/35/EU).

Lidstaten hebben de mogelijkheid af te wijken van de verplichte goedkeuring van het splitsingsvoorstel door de algemene vergadering van aandeelhouders. Artikel 6 Zesde richtlijn bepaalt dat een lidstaat de goedkeuring van de splitsing door de algemene vergadering niet verplicht hoeft te stellen indien aan een aantal voorwaarden is voldaan, namelijk:

- (i) de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel en de andere bescheiden geschiedt voor de verkrijgende vennootschap uiterlijk een maand vóór de datum van de algemene vergadering van de gesplitste vennootschap die over het splitsingsvoorstel moet besluiten;
- (ii) iedere aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap heeft recht om ten minste een maand vóór de algemene vergadering kennis te nemen van de stukken die ter inzage liggen op basis van artikel 9 lid 1 Zesde richtlijn; en
- (iii) één of meer aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap die aandelen bezitten die een minimumpercentage van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, moeten het recht hebben de algemene vergadering toch bijeen te roepen, zodat alsnog de algemene vergadering over het splitsingsvoorstel moet besluiten.

De lidstaten hebben de mogelijkheid het hierboven onder (iii) genoemde minimumpercentage vast te stellen, doch het minimumpercentage mag niet hoger zijn dan vijf procent. Indien het minimumpercentage hoger gesteld zou mogen worden,

zou de beschermende werking voor minderheidsaandeelhouders die uitgaat van deze bepaling aan betekenis inboeten. De lidstaten hebben de vrijheid te bepalen dat aandelen zonder stemrecht bij de berekening van dit percentage buiten beschouwing worden gelaten.

Indien lidstaten gebruik maken van de mogelijkheid te voorzien in wetgeving krachtens welke de goedkeuring van de algemene vergadering niet vereist is, zal de bevoegdheid te besluiten tot splitsing berusten bij een ander orgaan, zoals het bestuur van de vennootschap. De vraag welk orgaan bevoegd is, zal beantwoord worden aan de hand van de *lex societatis* van de bij de splitsing betrokken vennootschap.

Naast de algemene regels in artikel 5 en artikel 6 Zesde richtlijn bevat artikel 20 Zesde richtlijn ook specifieke regels omtrent de besluitvorming voorafgaande aan de splitsing wat betreft de gesplitste vennootschap. Artikel 20 Zesde richtlijn bepaalt dwingend dat lidstaten, indien aan bepaalde eisen is voldaan, niet mogen verlangen dat de splitsing door de algemene vergadering van de gesplitste vennootschap wordt goedgekeurd indien de verkrijgende vennootschappen alle aandelen van de gesplitste vennootschap en alle andere effecten waaraan stemrechten in de algemene vergadering van de gesplitste vennootschap verbonden zijn houden. Het gaat hier om de zogenoemde '*upstream-splitsing*'. Voorwaarden hiervoor zijn dat het splitsingsvoorstel ten minste een maand voordat de splitsing van kracht wordt openbaar is gemaakt (artikel 4 Zesde richtlijn) en alle aandeelhouders van de aan de splitsing deelnemende vennootschap het recht hebben ten minste een maand voordat de splitsing van kracht wordt ten kantore van de vennootschap kennis te nemen van het splitsingsvoorstel en andere bescheiden als opgesomd in artikel 9 lid 1 Zesde richtlijn.

Indien bij de splitsing één of meerdere nieuwe vennootschappen worden opgericht, moet het splitsingsvoorstel, de akte van oprichting of de ontwerp-akte van oprichting en de statuten of de ontwerp-statuten van elke nieuwe vennootschap worden goedgekeurd door de algemene vergadering van aandeelhouders van de gesplitste vennootschap (artikel 22 lid 3 Zesde richtlijn). Het is logisch dat de Zesde richtlijn dit vereiste stelt. De aandeelhouders van de gesplitste vennootschap worden in beginsel immers aandeelhouder van de nieuw opgerichte verkrijgende vennootschap(en). De krachtens artikel 22 lid 3 Zesde richtlijn vereiste goedkeuring moet echter niet verward worden met de vereiste goedkeuring van de splitsing zelf op basis van artikel 5 Zesde richtlijn.

2.7.7 Rechten van aandeelhouders en bijzonder gerechtigden

Door de splitsing worden de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap aandeelhouders van de verkrijgende vennootschappen. In principe worden de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap in dezelfde verhouding aandeelhouder van de verkrijgende vennootschappen als zij waren van de gesplitste vennootschap. Indien bijvoorbeeld twee aandeelhouders gerechtigd zijn tot het kapitaal in een verhouding

40/60 in de gesplitste vennootschap, zullen zij in beginsel in dezelfde verhouding gerechtigd zijn in het kapitaal van elk van de verkrijgende vennootschappen.

Er kunnen zich echter gevallen voordoen waarin een gelijke verhouding in de verkrijgende vennootschap als die in de gesplitste vennootschap niet aan de orde is. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer bepaalde aandeelhouders na de splitsing relatief meer aandelen houden in een verkrijgende vennootschap dan een andere aandeelhouder in vergelijking met de situatie zoals die bestond in de gesplitste vennootschap. In dat geval kan de wetgeving van een lidstaat bepalen dat aandeelhouders met een minderheidsbelang een recht op uitkoop van hun aandelen kunnen uitoefenen. Zij hebben dan recht op een tegenprestatie die overeenkomt met de waarde van hun aandelen. (artikel 5 lid 2 Zesde richtlijn).

Naast aandelen kan een vennootschap effecten hebben uitgegeven, zoals obligaties en winstrechten. Houders van dergelijke effecten, die geen aandelen zijn, moeten in de verkrijgende vennootschappen waarop overeenkomstig het splitsingsvoorstel de verplichtingen uit deze effecten overgaan, beschikken over rechten die ten minste van gelijke waarde zijn als die waarover zij in de gesplitste vennootschap beschikten (artikel 13 Zesde richtlijn). Deze regel geldt echter niet indien een wijziging van de rechten van houders van dergelijke effecten is goedgekeurd door een vergadering van houders van deze effecten – indien de wetgeving van de betreffende lidstaat een dergelijke vergadering van houders van effecten kent –, of deze houders afzonderlijk goedkeuring hebben verleend voor de wijziging van hun rechten. De regel dat de houders van effecten rechten met ten minste een gelijke waarde moeten krijgen in de verkrijgende vennootschappen geldt eveneens niet indien deze houders recht hebben op inkoop van hun effecten.

2.7.8 *Positie van schuldeisers*

2.7.8.1 Bescherming van belangen van schuldeisers

De bescherming van schuldeisers bij de splitsing – of beter: het gebrek aan bescherming van schuldeisers bij splitsing – was voor de Europese wetgever één van de redenen een voorstel voor de Zesde richtlijn te ontwerpen. Die reden is begrijpelijk, aangezien bij een splitsing een deconcentratie van ondernemingsvermogen plaatsvindt, tegenover een concentratie van ondernemingsvermogen bij fusie. Deze bescherming is opgenomen in artikel 12 Zesde richtlijn. Krachtens artikel 12 lid 1 Zesde richtlijn moeten lidstaten een passende bescherming bieden van de belangen van schuldeisers van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen. Het gaat hierbij zowel om de bescherming van de belangen van de schuldeisers van de gesplitste vennootschap als de bescherming van de belangen van de schuldeisers van de verkrijgende vennootschap(en).

De bescherming van schuldeisers ziet alleen op vorderingen die voor de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel zijn ontstaan en ten tijde van de openbaarmaking nog niet opeisbaar zijn. De gedachte achter deze bepaling is dat

schuldeisers wier vorderingen reeds opeisbaar zijn vóór de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel niet worden benadeeld door de voorgenomen splitsing, aangezien zij reeds een opeisbare vordering hebben. Dat de verhaalspositie van de verkrijgende vennootschappen na het van kracht worden van de splitsing wellicht anders is dan die van de gesplitste vennootschap, doet hieraan niet af.

Schuldeisers wier vorderingen zijn ontstaan na de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel vallen eveneens niet onder de beschermende maatregelen van artikel 12 Zesde richtlijn. De gedachte achter het achterwege laten van de bescherming van deze schuldeisers is dat deze schuldeisers op de hoogte zijn of op de hoogte hadden kunnen zijn van het openbaargemaakte splitsingsvoorstel en dus rekening hadden kunnen houden met de splitsing.

Artikel 12 lid 1 Zesde richtlijn bepaalt dwingend dat de lidstaten een *passende bescherming* moeten bieden voor de belangen van schuldeisers. De lidstaten hebben echter binnen bepaalde grenzen de vrijheid een eigen invulling te geven aan deze bescherming. De wetgeving van een lidstaat moet ten minste passende waarborgen bieden wanneer de financiële toestand van de gesplitste vennootschap en van de vennootschappen waarop de verbintenis overgaat overeenkomstig het splitsingsvoorstel deze bescherming nodig maakt en deze schuldeisers niet reeds over dergelijke waarborgen beschikken. De lidstaten mogen zelf de voorwaarden vaststellen voor deze bescherming, maar de wetgeving van een lidstaat moet ten minste voorzien in toegang tot een administratieve of gerechtelijke instantie voor schuldeisers om een adequate waarborg te verkrijgen, mits de schuldeisers op geloofwaardige wijze kunnen aantonen dat de voldoening van hun vorderingen als gevolg van de splitsing in het gedrang is en dat van de vennootschap geen adequate waarborgen zijn verkregen.

Op basis van een schakelbepaling in artikel 12 lid 4 Zesde richtlijn is artikel 13 lid 3 Richtlijn 2011/35/EU van overeenkomstige toepassing verklaard. Deze bepalingen bieden lidstaten de mogelijkheid te bepalen dat de bescherming van de schuldeisers van de gesplitste vennootschap afwijkt van de bescherming van de schuldeisers van de verkrijgende vennootschappen.

2.7.8.2 Verhaalsmogelijkheden van schuldeisers

Artikel 12 Zesde richtlijn bevat eveneens bepalingen betreffende de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers en de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap (pen). Het gaat hier alleen om vorderingen die zijn ontstaan vóór het van kracht worden van de splitsing. Ten gevolge van de splitsing zijn die vorderingen als verplichtingen (passiva) overgegaan van de gesplitste vennootschap op de verkrijgende vennootschap(en) overeenkomstig de toescheiding zoals die blijkt uit het splitsingsvoorstel. Voor vorderingen die na het van kracht worden van de splitsing zijn ontstaan, gelden de normale regels betreffende verhaal van vorderingen, aangezien die vorderingen niet zijn *overgegaan* op de verkrijgende vennootschap(en).

Lidstaten kunnen bepalen dat de verkrijgende vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verbintenissen van de gesplitste vennootschap (artikel 12 lid 6 Zesde richtlijn). Indien lidstaten dat echter niet in hun wetgeving zo bepalen, zijn de verkrijgende vennootschappen hoofdelijk tot nakoming van de verbintenis gehouden, voor zover de schuldeisers van de vennootschap waarop de verbintenis overeenkomstig het splitsingsvoorstel is overgegaan, geen voldoening heeft gekregen (artikel 12 lid 3 Zesde richtlijn). Lidstaten kunnen echter de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschappen beperken tot het netto-actief dat werd toegescheiden aan die vennootschappen. Dit geldt echter niet voor de vennootschap waarop de verbintenis is overgegaan. De verkrijgende vennootschap blijft met haar gehele vermogen aansprakelijk. Lidstaten mogen echter wel de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschappen, ook die van de vennootschap waarop de verbintenis is overgegaan, beperken tot het netto-actief dat werd toegekend aan elk van de verkrijgende vennootschappen, indien in de wetgeving bepaald wordt dat alle verkrijgende vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verbintenissen van de gesplitste vennootschap (artikel 12 lid 7 Zesde richtlijn).

2.7.9 Rol van werknemers bij de splitsing

De bescherming van de rechten van werknemers van elke aan de splitsing deelnemende vennootschap wordt geregeld volgens de voorschriften van Richtlijn 2011/35/EU (artikel 11 Zesde richtlijn). Richtlijn 2011/35/EU verwijst voor de bescherming van de rechten van werknemers naar Richtlijn 1977/187/EEG.⁴⁰ Richtlijn 1977/187/EEG is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie (artikel 1 Richtlijn 1977/197/EEG). Krachtens de schakelbepaling in artikel 11 Zesde richtlijn is Richtlijn 1977/197/EEG ook van toepassing op een overgang van een onderneming, een vestiging of een onderdeel daarvan ten gevolge van een splitsing. Richtlijn 1977/187/EEG is alleen van toepassing indien en voor zover de ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan welke overgaan zich binnen de territoriale werkingssfeer van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bevinden. De overgang van een onderneming, een vestiging of een onderdeel daarvan, die gelegen is buiten de lidstaten van de EU, ook die ten gevolge van een splitsing, valt derhalve niet onder de reikwijdte van Richtlijn 1977/187/EEG.

Behoud van de rechten van werknemers staat centraal in Richtlijn 1977/187/EEG. De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang van de onderneming, vestiging of een gedeelte bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, gaan door de overgang op de

⁴⁰ Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, PB L 61 van 5.3.1977, p. 26 – 28.

verkrijger over (artikel 3 lid 1 Richtlijn 1977/187/EEG). Tevens moet de verkrijger de in een collectieve arbeidsovereenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden handhaven (artikel 3 lid 2 Richtlijn 1977/187/EEG). De overgang van een onderneming, een vestiging of een gedeelte daarvan mag op zichzelf geen reden vormen voor ontslag, maar deze bepaling belet geen ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen (artikel 4 lid 1 Richtlijn 1977/187/EEG). Voorts bepaalt Richtlijn 1977/187/EEG dat de wetgevingen van de lidstaten moeten voorzien in regelingen omtrent informatie voor de werknemers van een over te dragen onderneming, een vestiging of een onderdeel daarvan.

2.7.10 Preventief toezicht op de splitsing

De Zesde richtlijn geeft geen dwingende regels over het preventieve toezicht dat op de splitsing kan of moet worden uitgeoefend, bijvoorbeeld door autoriteiten. Lidstaten hebben derhalve zelf de vrijheid te bepalen of toezicht op de splitsing plaatsvindt en zo ja, hoe dit toezicht vorm krijgt. Niettemin schrijft artikel 14 Zesde richtlijn voor dat indien een lidstaat geen preventief toezicht op de rechtmatigheid van de splitsing door de rechter of overheid voorschrijft of zodanig toezicht niet op alle voor de splitsing noodzakelijke rechtshandelingen betrekking heeft, er toch aan bepaalde andere eisen voldaan moet worden. Voor deze aanvullende vereisten wordt verwezen naar artikel 16 Richtlijn 2011/35/EU.

Artikel 16 Richtlijn 2011/35/EU bepaalt dwingend dat indien er geen preventief toezicht is door de rechter of overheid in een lidstaat, de notulen van de algemene vergaderingen waarin tot fusie wordt besloten en, indien van toepassing, een daarna gesloten fusieovereenkomst, bij authentieke akte dienen te worden verleden. Deze regeling geldt *mutatis mutandis* voor splitsing ten aanzien van de algemene vergadering waarin tot splitsing wordt besloten en de eventueel daarna te sluiten splitsingsovereenkomst. Indien echter de algemene vergaderingen van de aan de splitsing deelnemende vennootschappen geen goedkeuring hoeven te verlenen – omdat de betreffende lidstaat gebruik heeft gemaakt van de in artikel 6 Zesde richtlijn verleende bevoegdheid, dan wel omdat artikel 20 Zesde richtlijn ten aanzien van de gesplitste vennootschap van toepassing is – kunnen de notulen van de algemene vergaderingen niet bij authentieke akte worden verleden. In dat geval moet het splitsingsvoorstel bij authentieke akte worden verleden (artikel 14 Zesde richtlijn jo. artikel 16 lid 1 Richtlijn 2011/35/EU).

Welke persoon of autoriteit in een bepaalde lidstaat bevoegdheid heeft authentieke akten te verlijden, behoort tot de bevoegdheid van een lidstaat. Noch de Zesde, noch Richtlijn 2011/35/EU bevat hieromtrent enige regeling. Artikel 16 lid 2 Richtlijn 2011/35/EU bepaalt echter wel dat de notaris of de instantie die bevoegd is de authentieke akte op te maken na onderzoek moet bevestigen dat het splitsingsvoorstel en de rechtshandelingen en formaliteiten waartoe de vennootschap waarbij hij of zij optreedt gehouden is, op wettige wijze tot stand zijn gekomen.

2.7.11 Splitsing onder toezicht van de rechter

Splitsing onder toezicht van de rechter, geregeld in artikel 23 Zesde richtlijn, heeft een bijzondere positie in de Zesde richtlijn. Bij de splitsing onder toezicht van de rechter hebben lidstaten de mogelijkheid te bepalen dat de rechter voor bepaalde formaliteiten voor de procedure tot splitsing ontheffing kan verlenen – opgesomd in artikel 23 lid 2 Zesde richtlijn –, mits de rechter in de betreffende lidstaat een aantal bevoegdheden heeft – opgenomen in artikel 23 lid 1 Zesde richtlijn. Artikel 23 Zesde richtlijn heeft een facultatief karakter, implementatie in de nationale wetgevingen van de lidstaten is dus optioneel. De mogelijkheid tot splitsing onder toezicht van de rechter is opgenomen om aan de wens van het Verenigd Koninkrijk tegemoet te komen, zodat deze lidstaat geen ingrijpende wijzigingen hoefde door te voeren in de op dat moment in het Verenigd Koninkrijk geldende wetgeving.⁴¹

Lidstaten kunnen de splitsing alleen onder toezicht van de rechter laten plaatsvinden, als de rechter een aantal bevoegdheden heeft. Ten eerste moet de rechter de bevoegdheid hebben de algemene vergadering van aandeelhouders van de gesplitste vennootschap bijeen te roepen om zich uit te spreken over de splitsing (artikel 23 lid 1 sub a Zesde richtlijn). Ten tweede moet de rechter de bevoegdheid hebben zich er van te vergewissen dat de aandeelhouders van elke aan de splitsing deelnemende vennootschap kennis hebben kunnen nemen van het splitsingsvoorstel, de jaarrekeningen en de jaarverslagen over de laatste drie boekjaren van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen (artikel 9 lid 1 sub a en b Zesde richtlijn) en, indien van toepassing, tussentijdse cijfers, verslagen van bestuurs- of leidinggevende organen van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen en verslagen van deskundigen (artikel 9 lid 1 sub c, d en e Zesde richtlijn). Indien de lidstaat gebruik heeft gemaakt van de in artikel 6 Zesde richtlijn geboden mogelijkheid, namelijk het achterwege laten van goedkeuring van de splitsing door de algemene vergadering van aandeelhouders, moet de termijn waarbinnen de aandeelhouders gebruik hebben kunnen maken van hun recht de algemene vergadering bijeen te roepen om alsnog als algemene vergadering over de splitsing te oordelen, lang genoeg zijn geweest om die rechten uit te oefenen. Deze door de Zesde richtlijn voorgeschreven bevoegdheden zien vooral op bescherming van de positie van de aandeelhouders van de aan de splitsing deelnemende vennootschappen.

Naast de hierboven beschreven bevoegdheden moet de rechter ook de bevoegdheid hebben zich er van te vergewissen dat de schuldeisers van de aan de splitsing deelnemende vennootschappen ten minste het splitsingsvoorstel hebben ontvangen en genoeg tijd hebben gehad om zich vóór de algemene vergadering van aandeelhouders van de aan de splitsing deelnemende vennootschappen een beeld te vormen over de splitsing (artikel 23 lid 1 sub d Zesde richtlijn). Tevens moet de rechter de bevoegdheid hebben elke vergadering van schuldeisers van iedere aan de splitsing

⁴¹ Zie hierover uitgebreid: Koster 2009, p. 173 – 176.

deelnemende vennootschap bijeen te roepen om zich over de splitsing uit te spreken en moet hij de bevoegdheid hebben de splitsing goed te keuren.

Indien de rechter de hierboven genoemde bevoegdheden heeft, kan hij, wanneer hij vaststelt dat is voldaan aan de informatieverplichtingen jegens aandeelhouders (artikel 23 lid 1 sub b Zesde richtlijn) en schuldeisers (artikel 23 lid 1 sub d Zesde richtlijn) en aandeelhouders en schuldeisers geen schade kunnen leiden ten gevolge van de splitsing, ontheffing verlenen van bepaalde formaliteiten voor de splitsing. De formaliteiten waarvoor ontheffing verleend kan worden betreffen:

- (i) de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel op basis van artikel 4 Zesde richtlijn;
- (ii) de formaliteiten die in acht moeten worden genomen indien de lidstaat gebruik heeft gemaakt van de in artikel 6 Zesde richtlijn geboden mogelijkheid de goedkeuring door de algemene vergadering van aandeelhouders van het splitsingsvoorstel achterwege te laten, en
- (iii) de termijnen die zijn vastgesteld op basis van artikel 9 Zesde richtlijn betreffende de inzagerechten van aandeelhouders (artikel 23 lid 2 sub a tot en met c Zesde richtlijn). De rechter kan de ontheffing voor de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel echter alleen verlenen indien de wetgeving van een lidstaat voorziet in een zodanige bescherming van belangen van schuldeisers, dat alle vorderingen van schuldeisers gedekt zijn, ongeacht of deze vorderingen zijn ontstaan vóór de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel of daarna.

2.8 Van kracht worden van de splitsing

De Zesde richtlijn bevat geen dwingende bepalingen over de wijze en met moment waarop de splitsing van kracht wordt. Er is dus geen sprake van totale harmonisatie omtrent het van kracht worden van splitsing. Lidstaten hebben derhalve zelf de mogelijkheid te bepalen hoe de splitsing van kracht wordt en op welk moment de splitsing van kracht wordt (artikel 15 Zesde richtlijn). Gezien het feit dat deze bepaling de wijze en met moment waarop de splitsing van kracht wordt overlaat aan de lidstaten, kunnen grote verschillen bestaan tussen de wetgevingen van de lidstaten op dit vlak.

2.9 Openbaarmaking van de splitsing

De splitsing moet openbaar worden gemaakt (artikel 16 Zesde richtlijn). De Zesde richtlijn schrijft voor dat de openbaarmaking voor elke vennootschap die aan de splitsing deelneemt dient te geschieden overeenkomstig de in de wetgeving van iedere lidstaat vastgestelde wijze, overeenkomstig artikel 3 van de Eerste richtlijn. De splitsing moet niet alleen bekend worden gemaakt voor de verkrijgende vennootschappen, maar ook voor de gesplitste vennootschap. Na het van kracht

worden van de splitsing, welk moment eerder is gelegen dan de openbaarmaking van de splitsing, bestaat de gesplitste vennootschap niet meer, indien deze althans in het kader van de splitsing is opgehouden te bestaan. In artikel 16 lid 2 Zesde richtlijn is daartoe dwingend bepaald dat elke verkrijgende vennootschap de formaliteiten voor de openbaarmaking betreffende de gesplitste vennootschap kan verrichten.

2.10 Nietigheid van de splitsing

Vernietiging of nietigheid van een splitsing heeft verstrekkende gevolgen. De overgang van de activa en passiva van de gesplitste vennootschap naar de verkrijgende vennootschap(en) wordt teruggedraaid of wordt geacht nooit te hebben plaatsgehad, de aandelen die zijn uitgereikt aan de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap worden weer ingetrokken of worden geacht nooit te zijn toegekend en de gesplitste vennootschap herleeft of wordt geacht nooit te zijn opgehouden te bestaan en de eventueel in het kader van de splitsing nieuw opgerichte vennootschap wordt geacht nooit te zijn opgericht.

Al deze factoren kunnen rechtsonzekerheid met zich brengen voor de vennootschappen die aan de splitsing deelgenomen hebben, voor derden en voor hun aandeelhouders. Om de rechtszekerheid te waarborgen, worden de gevallen waarin de nietigheid van een splitsing kan worden uitgesproken in de Zesde richtlijn beperkt. In de preambule bij de Zesde richtlijn is de volgende motivering opgenomen voor het beperken van de gronden op basis waarvan nietigheid kan worden uitgesproken:

‘Overwegende dat om rechtszekerheid in de betrekkingen tussen de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen, tussen dezen en derden, alsook tussen de aandeelhouders te waarborgen, de gevallen van nietigheid moeten worden beperkt, waarbij enerzijds moet worden uitgegaan van het beginsel dat gebreken waar mogelijk worden hersteld, en anderzijds voor het invoeren van nietigheid een korte termijn moet worden gesteld’.

In de Zesde richtlijn wordt het begrip ‘nietigheid’ gehanteerd. In het oog moet worden gehouden dat dit begrip moet worden uitgelegd in de betekenis die het heeft in het gemeenschapsrecht en dat een interpretatie in de zin van nationale recht van één van de lidstaten weliswaar niet is uitgesloten, maar dat een dergelijke interpretatie niet primair dient te worden gevolgd. Het begrip ‘nietigheid’ dient in de eerste plaats in de zin van het gemeenschapsrecht te worden uitgelegd.

De Zesde richtlijn schrijft dwingend voor dat de nietigheid van een splitsing door de rechter moet worden uitgesproken (artikel 19 lid 1 sub a Zesde richtlijn). Artikel 19 lid 2 Zesde richtlijn bepaalt tevens dat de nietigheid van een splitsing ook kan worden uitgesproken door een overheidsinstantie, indien tegen een dergelijke beslissing beroep open staat bij de rechter. In artikel 19 lid 3 Zesde richtlijn is bepaald dat de Zesde richtlijn geen afbreuk doet aan de uitspraak van nietigheid

ingevolge een ander toezicht op de splitsing. Hierbij kan gedacht worden aan de uitspraak van nietigheid van de splitsing die zijn grondslag vindt in het economisch publiekrecht, zoals een nietigverklaring van de splitsing door een mededingingsautoriteit.

De nietigheid kan slechts op bepaalde gronden worden uitgesproken, namelijk wegens het ontbreken van het preventieve toezicht door de rechter of overheid op de rechtmatigheid van de splitsing of vanwege het ontbreken van een authentieke akte, dan wel omdat is vastgesteld dat het besluit van de algemene vergadering krachtens het nationale recht nietig of vernietigbaar is (artikel 19 lid 1 sub b Zesde richtlijn). Gezien het limitatieve karakter van de nietigheidsgronden, kunnen lidstaten geen andere nietigheidsgronden voor splitsing opnemen dan die genoemd zijn in artikel 19 lid 1 sub b Zesde richtlijn. De Zesde richtlijn biedt eveneens geen ruimte voor andere nulliteiten, zoals non-existentie.⁴²

De nietigheid van een splitsing wordt ingeroepen door middel van een vordering tot nietigverklaring. De Zesde richtlijn bepaalt dwingend dat deze verklaring slechts gedurende een bepaalde termijn – zes maanden – kan worden ingediend (artikel 19 lid 1 sub c Zesde richtlijn). Deze termijn van zes maanden begint te lopen op de datum sinds welke de splitsing kan worden tegengeworpen aan degene die de nietigheid inroeft. Dit betekent dat de vordering tot nietigverklaring gedurende een termijn van zes maanden na publicatie dat de splitsing van kracht is geworden, kan worden ingesteld.

Mede gezien de rechtsonzekerheid die een uitspraak van nietigheid van een splitsing met zich brengt – bijvoorbeeld wanneer vermogensbestanddelen reeds door een verkrijgende vennootschap zijn vervreemd –, is in artikel 19 lid 1 sub d Zesde richtlijn dwingend bepaald dat de bevoegde rechter een termijn stelt voor herstel van gebreken die tot de nietigverklaring van de splitsing hebben geleid, indien dat mogelijk is. Een eventuele uitspraak van nietigheid dient openbaar te worden gemaakt (artikel 19 lid 1 sub e Zesde richtlijn). Voor de wijze van openbaarmaking wordt verwezen naar artikel 3 Eerste richtlijn.

Artikel 19 Zesde richtlijn bevat enkele voorzieningen voor de periode gelegen tussen het van kracht worden van de splitsing en het moment waarop de nietigheid wordt uitgesproken wat betreft de rechten van derden die in die tussentijd zijn ontstaan, de rechtshandelingen die zijn verricht in die periode en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheden van de vennootschappen.

Lidstaten hebben de vrijheid derdenverzet bij de uitspraak van nietigheid van de splitsing toe te laten. Wanneer een lidstaat derdenverzet toestaat, bepaalt de Zesde richtlijn omwille van de rechtszekerheid dwingend dat het derdenverzet niet meer ontvankelijk is indien zes maanden zijn verstreken sinds de openbaarmaking van de beslissing van de rechter tot nietigverklaring van de splitsing (artikel 19 lid 1 sub f Zesde richtlijn).

⁴² Zie: Zaman 2009, p. 743-744 en Zaman, Van Eck en Roelofs 2011. In andere zin: Schoonbrood Van Olffen 2011-I, p. 104 – 111.

Gedurende de termijn waarin de splitsing van kracht is geweest – i.e. de periode gelegen tussen het van kracht worden van de splitsing en de openbaarmaking van de uitspraak van de nietigheid van de splitsing – kunnen verbintenissen tussen de verkrijgende vennootschappen en derden zijn ontstaan. Artikel 19 lid 1 sub g Zesde richtlijn bepaalt dwingend dat de uitspraak van de nietigheid van de splitsing op zichzelf geen afbreuk doet aan de geldigheid van de verbintenissen die na het van kracht worden van de splitsing, doch vóór de openbaarmaking van de uitspraak van de nietigheid van de splitsing zijn ontstaan ten laste of ten gunste van de verkrijgende vennootschap(pen).

Gedurende de termijn waarin de splitsing van kracht is geweest, kunnen als gevolg van ontstane verbintenissen voor de verkrijgende vennootschappen aansprakelijkheden zijn ontstaan. Artikel 19 lid 1 sub h Zesde richtlijn bepaalt dat elk van de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk is voor de verbintenissen die te haren laste zijn ontstaan na het van kracht worden van de splitsing, maar voor de openbaarmaking van uitspraak van de nietigheid. Na de nietigverklaring houden de verkrijgende vennootschappen op te bestaan – indien die verkrijgende vennootschappen nieuw zijn opgericht –, of, indien de verkrijgende vennootschappen reeds bestonden en niet zijn opgericht in het kader van de splitsing, wordt de overgang van de activa en passiva van de gesplitste vennootschap op de verkrijgende vennootschap geacht nooit te hebben plaatsgehad. Naast de verkrijgende vennootschappen – indien die nog bestaan na de nietigverklaring van de splitsing – is tevens de gesplitste vennootschap aansprakelijk voor die verbintenissen van de verkrijgende vennootschappen. Ook op deze punten is de Zesde richtlijn dwingend van karakter en beoogt de Europese wetgever totale harmonisatie. Lidstaten hebben echter wel de mogelijkheid te bepalen dat de gesplitste vennootschap slechts aansprakelijk is voor het gedeelte van de netto-activa dat is overgegaan naar de verkrijgende vennootschap ten laste waarvan deze verbintenissen zijn ontstaan.

HOOFDSTUK 3

DE NEDERLANDSE SPLITSINGSWETGEVING

3.1 Inleiding

In Nederland kwam bij de implementatie van de Derde richtlijn¹ betreffende juridische fusie reeds de vraag op of de Nederlandse wetgeving niet ook zou moeten voorzien in de mogelijkheid tot juridische splitsing. Richtlijn 2011/35/EU, waarmee de Derde richtlijn (Richtlijn 78/855/EEG), Richtlijn 2006/99/EG, Richtlijn 2007/63/EG en Richtlijn 2009/109/EG werden geconsolideerd, heeft een dwingend karakter en laat lidstaten niet de vrijheid te beslissen de rechtshandeling van juridische fusie wel of niet op te nemen in hun wetgevingen. Met de Derde richtlijn is, althans wat betreft de rechtshandeling fusie, totale harmonisatie beoogd. De Derde richtlijn stond echter niet in de weg aan het uit eigen beweging opnemen van wetgeving omtrent juridische splitsing in nationale wetgeving. De Nederlandse wetgever had derhalve zonder meer kunnen overgaan tot het opnemen van wetgeving omtrent juridische splitsing ter gelegenheid van de implementatie van de Derde richtlijn, ook al was daar nog geen directe communautaire basis voor, zoals een Europese richtlijn.

De Zesde richtlijn heeft, zoals beschreven in paragraaf 2.3.3., een facultatief karakter. De Zesde richtlijn hoeft slechts geïmplementeerd te worden in nationale wetgeving indien de wetgeving van een lidstaat de rechtshandeling splitsing als omschreven in de Zesde richtlijn toestaat.² De implementatie van de richtlijn als geheel is optioneel. Binnen de reikwijdte van de Zesde richtlijn is implementatie echter dwingend, uitzonderingen van optionele implementatie, bijvoorbeeld wat betreft de wijze van bescherming van schuldeisers en minderheidsaandeelhouders, daargelaten.³ De Zesde richtlijn is op 17 december 1982 tot stand gekomen. Implementatie van de Zesde richtlijn in Nederland heeft lang op zich laten wachten. Op 26 april 1996 is het Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en

1 Derde Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen, PB L 295 van 20.10.1978, p. 36 – 43.

2 Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen, PB L 378 van 31.12.1982, p. 47 – 54.

3 Zie hoofdstuk 2 voor een uitvoerige beschrijving van de Zesde richtlijn en op welke punten de Zesde richtlijn dwingend is en op welke punten de Zesde richtlijn ruimte laat voor lidstaten eigen regels op te nemen.

van enige andere wetten in verband met de regeling van de splitsing van rechtspersonen ingediend bij de Tweede Kamer.⁴ Na een wetgevingsproces van ruim negentien maanden achtte de Vaste commissie voor Justitie het wetsvoorstel voldoende voorbereid.⁵ Op 1 februari 1998 trad de wetgeving omtrent juridische splitsing in werking.⁶ Met het van kracht worden van de splitsingswetgeving werden aan de reeds bestaande Titel 2.7 BW, waarin tot dat moment alleen fusie werd geregeld, twee nieuwe afdelingen toegevoegd: Afdeling 2.7.4 BW, getiteld 'Algemene bepalingen omtrent splitsingen' en Afdeling 2.7.5 BW, getiteld 'Bijzondere bepalingen voor splitsingen waarbij een naamloze of besloten vennootschap wordt gesplitst of opgericht'.

De wetgeving van een staat op basis waarvan de rechtshandeling splitsing mogelijk is en welke de procedures voorschrijft voor een splitsing, is van groot belang bij een grensoverschrijdende splitsing. Het nationale recht dat van toepassing is op een vennootschap – de *lex societatis* – bepaalt in grote mate de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische splitsing en de daartoe te volgen procedures. Indien één of meerdere vennootschappen waarop Nederlands recht van toepassing is betrokken zijn bij een grensoverschrijdende juridische splitsing, zullen de mogelijkheden tot splitsing en de daartoe te volgen procedure mede af te leiden zijn uit de Nederlandse wetgeving omtrent splitsing. Om die reden is dit hoofdstuk over de regeling omtrent juridische splitsing in de Nederlandse wetgeving opgenomen. Dit hoofdstuk zal in hoofdzaak beperkt zijn tot de splitsing van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen. De splitsing van andere rechtspersonen dan naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen komt slechts zijdelings aan bod.

In het vervolg zal de splitsingsregeling in de Nederlandse wetgeving centraal staan (paragraaf 3.2.) en de basis van de wetgeving in de Zesde richtlijn (paragraaf 3.3.). In paragraaf 3.4. zal ik de twee basisvormen van splitsing behandelen: zuivere splitsing en afsplitsing, gevolgd door de reikwijdte van de Nederlandse splitsingswetgeving in paragraaf 3.5. In paragraaf 3.6. staan enkele kenmerkende elementen van splitsing centraal, zoals de vermogensovergang onder algemene titel. De vereisten, gesteld aan vennootschappen om partij te kunnen zijn bij een juridische splitsing komen aan bod in paragraaf 3.7. In paragraaf 3.8. worden de mogelijke splitsingsvormen, zoals die bestaan als varianten op de zuivere splitsing en afsplitsing, behandeld, gevolgd door de procedure tot splitsing in paragraaf 3.9.

4 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 1 (Koninklijke boodschap) en nr. 2 (Voorstel van wet).

5 *Kamerstukken II*, 1997-1998, 24 702, nr. 52d (Eindverslag van de Vaste commissie voor Justitie).

6 Wet van 24 december 1997 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de regeling van de splitsing van rechtspersonen, Stb. 1997, 776.

3.2 De juridische splitsing: een aparte regeling

Ten tijde van de implementatie van de – toenmalige – Derde richtlijn (Richtlijn 78/855/EEG) in de Nederlandse wetgeving is de Nederlandse wetgever niet overgegaan tot invoering van een regeling omtrent juridische splitsing. In de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de wetgeving omtrent fusie in het kader van de implementatie van de Derde richtlijn hebben leden van de VVD-fractie gesignaleerd dat het wetsvoorstel geen regels bevatte over splitsing.⁷ Volgens leden van de VVD-fractie en de CDA-fractie bestond in de praktijk echter ook behoefte aan wetgeving omtrent splitsing. Toenmalig minister van Justitie De Ruyter kon in 1981 echter nog geen uitlatingen doen over die behoefte. Wel constateerde hij dat de splitsing destijds kort ‘hier en daar’ ter sprake werd gebracht, terwijl al langer voor het regelen van fusie werd gepleit. De minister zag tevens wel enige alternatieven voor de splitsing, zoals de inbreng van een onderneming in een bestaande of nieuwe dochtermaatschappij. Volgens de minister werd dit alternatief veelvuldig gebruikt en ging dit niet met bijzondere moeilijkheden gepaard. De minister was van mening dat deze constructie als voordeel had dat de moedermaatschappij niet ophoudt te bestaan en in beginsel aansprakelijk blijft voor verplichtingen die van vóór de inbreng in de dochtermaatschappij dateren.

Deze gedachtegang van de minister is merkwaardig te noemen. In de eerste plaats zag de minister in dit stadium van het wetgevingsproces kennelijk vooral een rol weggelegd voor splitsingen in moeder-dochterverhoudingen, terwijl de juridische splitsing in veel meer gevallen toepasbaar is. In de tweede plaats houdt bij fusie in de zin van de Derde richtlijn en de daarop gebaseerde Nederlandse wetgeving, net als bij zuivere splitsing, ten minste één vennootschap op te bestaan. De verplichtingen van die verdwijnende vennootschap gaan over op de verkrijgende vennootschap(en). Als de overgang van verplichtingen in het kader van fusie geen problemen met zich brengt – of nader geregeld kan worden met behulp van wettelijke bepalingen – dan zullen die problemen zich evenmin bij splitsing openbaren of kan daarvoor een wettelijke regeling ontworpen worden. Dat laatste geldt des te meer wanneer een wettelijke bepaling de overgang van verplichtingen en de daarbij komende aansprakelijkheden regelt. De minister was van mening dat met name aandacht besteed moest worden aan de bescherming van schuldeisers van de splitsende vennootschap. Misbruik van de mogelijkheid tot splitsing moest in de visie van de minister zo veel mogelijk voorkomen worden. Dit misbruik zou bijvoorbeeld kunnen ontstaan door concentratie van alle activa in een verkrijgende vennootschap, terwijl werknemers in dienst komen van een werkmaatschappij die alle risico's loopt en onvoldoende financiële draagkracht overhoudt.⁸

Ten slotte hechtte de minister veel belang aan de omstandigheid dat er nog geen EEG-richtlijn voor splitsing was vastgesteld. Alles overwegende was de minister

⁷ *Kamerstukken II*, 1981, 16 453, nr. 5 (Voorlopig verslag), p. 4.

⁸ *Kamerstukken II*, 1981, 16 453, nr. 6 (Memorie van Antwoord), p. 4.

van mening dat de tijd nog niet was gekomen dat de regering een standpunt moest innemen over de wenselijkheid van de invoering van een splitsingsregeling.⁹

Niettegenstaande het standpunt van de minister was de CDA-fractie van mening dat de invoering van een splitsingsregeling goed zou zijn. De fractie vroeg aan de minister waarom niet een bepaling was opgenomen als artikel 21 van het concept van de Derde richtlijn, waarin werd bepaald dat de regels omtrent fusie analoog toegepast zouden worden op splitsing.¹⁰ Naar de mening van de CDA-fractie kon zo een bepaling gelding kunnen hebben totdat de Zesde richtlijn betreffende splitsing aangenomen zou zijn, in werking zou zijn getreden en geïmplementeerd zijn in Nederlandse wetgeving. De minister antwoordde daarop dat bij de splitsingsregeling niet met een enkele bepaling zou kunnen worden volstaan. De besprekingen over de Derde richtlijn in Europees verband en de overwegingen de splitsing in de Derde richtlijn te regelen zouden eens te meer duidelijk hebben gemaakt dat de rechtshandeling splitsing verschilt van de rechtshandeling fusie. Het feit dat de splitsing een boedelscheiding inhoudt, de splitsingsregeling een bepaling moet bevatten over de toescheiding van vorderingen en schulden welke bij de boedelscheiding over het hoofd zijn gezien, een regeling welke aandeelhouder van de splitsende vennootschap aandeelhouder wordt van welke vennootschap en de regeling tevens waarborgen moet bevatten tegen de benadeling van schuldeisers door de wijze van verdeling van de passiva over de verkrijgende vennootschappen, zorgde er voor dat de splitsing niet in één enkele bepaling kan worden opgenomen. Bovendien had het ontwerpen van een regeling op nationaal niveau te veel tijd en moeite gekost en de behandeling van het wetsontwerp voor de juridische fusie nodeloos vertraagd.¹¹

De VVD-fractie was bovendien nog van mening dat wanneer de wetgever het instituut fusie introduceert, dan ook inherent daaraan voor betrokkenen – i.e. rechtspersonen en hun leden of aandeelhouders – de mogelijkheid tot splitsing moet worden geregeld. Splitsing is immers de natuurlijke tegenhanger van fusie. De VVD-fractie vroeg zich af of de minister deze mening deelde.¹² De minister deelde de opvatting van de VVD-fractie niet.¹³ De minister was van mening dat fusie en splitsing zonder bezwaar afzonderlijk konden worden geregeld. Kennelijk zag de minister ook niet direct de noodzaak tot het regelen van splitsing, aangezien, zoals hij eerder al liet weten, ‘afsplitsing van een deel van de bedrijvigheid zeer wel mogelijk is door het oprichten van een dochtervennootschap’. De minister onderschreef wel de opvatting van de VVD-fractie dat splitsing de tegenhanger is van fusie. De minister was echter wel van mening dat het antwoord op de vraag of de splitsing de natuurlijke tegenhanger is van fusie niet beslissend kan zijn voor de afweging van de voor- en nadelen van een wettelijke regeling van de splitsing.

9 *Kamerstukken II*, 1981, 16 453, nr. 6 (Memorie van Antwoord), p. 3, 4.

10 *Kamerstukken II*, 1981-1982, 16 453, nr. 10 (Eindverslag), p. 3. Zie tevens paragraaf 2.3.2.

11 *Kamerstukken II*, 1981-1982, 16 453, nr. 11 (Nota naar aanleiding van het eindverslag), p. 6.

12 *Kamerstukken II*, 1981-1982, 16 453, nr. 10 (Eindverslag), p. 3.

13 *Kamerstukken II*, 1981-1982, 16 453, nr. 11 (Nota naar aanleiding van het eindverslag), p. 5.

De VVD-fractie onderschreef de problemen die de minister van Justitie zag dat bij splitsing de gesplitste vennootschap niet meer bestaat en dus niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de door haar aangegane verplichtingen. De fractie zag als oplossing dat hiervoor, gelijk als bij fusie, wettelijke voorschriften kunnen worden gecreëerd, zodat de belangen van de schuldeisers van de gesplitste vennootschap genoegzaam worden behartigd.¹⁴ Benadeling van crediteuren bij een splitsing zou volgens de VVD-fractie voorkomen kunnen worden door een regeling op te nemen krachtens welke de verplichtingen van de te splitsen vennootschap hoofdelijk blijven bestaan bij de bij de splitsing opgerichte (of verkrijgende) vennootschap (pen). De minister antwoordde hierop dat de wet de bezwaren van splitsingen kan opvangen door voldoende garanties aan de crediteuren van de splitsende vennootschap te bieden en dat deze garanties – althans grotendeels – zouden kunnen bestaan uit de bepaling dat nieuw opgerichte (of verkrijgende) vennootschap(en) hoofdelijk aansprakelijk zullen zijn voor de schulden van de gesplitste vennootschap. De minister vertrouwde toe dat die opvatting door Nederland werd verdedigd bij de onderhandelingen over de Zesde richtlijn in Brussel.

Bij de implementatie van de Derde richtlijn heeft de Nederlandse wetgever dus geen wettelijke bepalingen opgenomen voor juridische splitsing, maar heeft daarmee gewacht lang nadat de Zesde richtlijn in 1982 van kracht is geworden. Het heeft tot 1996 geduurd voordat de Nederlandse wetgever overging tot het ontwerpen van nationale wetgeving omtrent juridische splitsing. Op 26 april 1996 werd het wetsontwerp bij de Tweede Kamer ingediend.¹⁵ Na een parlementaire behandeling van bijna twee jaren, werd op 1 februari 1998 de wetgeving omtrent splitsing in Nederland van kracht.¹⁶ Nederland was tot dat moment de enige lidstaat van de Europese Gemeenschap waarvan de wetgeving de rechtshandeling van de juridische splitsing niet kende.

3.3 Basis van splitsing in de Zesde richtlijn

Zoals uiteengezet in Hoofdstuk 2, vormt de Zesde richtlijn¹⁷ betreffende splitsing binnen de lidstaten van de EU de basis voor alle nationale wetgevingen van de lidstaten waarin een regeling omtrent splitsing van naamloze vennootschappen is opgenomen. De wetgeving van een lidstaat moet ten minste voldoen aan de minimumvoorschriften van de Zesde richtlijn, als die lidstaat een regeling omtrent

14 *Kamerstukken II*, 1981-1982, 16 453, nr. 10 (Eindverslag), p. 3.

15 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 1 (Koninklijke boodschap) en nr. 2 (Voorstel van wet).

16 Wet van 24 december 1997 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de regeling van de splitsing van rechtspersonen, Stb. 1997, 776.

17 Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen, PB L 378 van 31.12.1982, p. 47 – 54.

splitsing van naamloze vennootschappen als opgesomd in de Eerste richtlijn¹⁸ heeft opgenomen of wenst op te nemen.

Zoals aan bod gekomen in paragraaf 2.3.4., is de Zesde richtlijn twee keren gewijzigd, namelijk door middel van Richtlijn 2007/63/EG¹⁹ en door middel van Richtlijn 2009/109/EG.²⁰ Richtlijn 2007/63/EG ziet op het al dan niet verplichte verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies en splitsingen en is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd met het van kracht worden van de bepalingen zoals opgenomen in Wetsvoorstel 31 334.²¹ Richtlijn 2009/109/EG ziet op de vereenvoudiging van de verslaggevings- en documentatieverplichtingen bij fusies en splitsingen en is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd met het van kracht worden van de voorgestelde bepalingen van Wetsvoorstel 32 348.²²

De Nederlandse wetgever heeft bij de invoering van de splitsingswetgeving ervoor gekozen de bepalingen betreffende splitsing ook toe te passen op andere vennootschappen dan naamloze vennootschappen. Het recht betreffende naamloze vennootschappen is binnen de lidstaten van de EU grotendeels geharmoniseerd door

18 Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, PB L 65 van 14.3.1968, p. 8 – 12.

19 Richtlijn 2007/63/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 tot wijziging van Richtlijn 78/855/EEG van de Raad en Richtlijn 82/891/EEG van de Raad wat betreft de verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies of splitsingen van naamloze vennootschappen, PB L 300 van 17.11.2007, p. 47 – 48.

20 Richtlijn 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en Richtlijn 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft, PB L 259 van 2.10.2009, p. 14 – 21.

21 *Kamerstukken II*, 2007-2008, 31 334, nr. 1 (Koninklijke boodschap), en nr. 2 (Voorstel van wet) en Wet van 6 november 2008 tot uitvoering van richtlijn nr. 2007/63/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 november 2007 tot wijziging van Richtlijn nr. 78/855/EEG van de Raad en Richtlijn nr. 82/891/EEG van de Raad wat betreft de verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies of splitsingen van naamloze vennootschappen, Stb. 2008, 469.

22 *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 458, nr. 1 (Koninklijke boodschap) en nr. 2 (Voorstel van wet) en Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259), Stb. 2011, 234 en Besluit van 14 juni 2011 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259) en artikel I van de Wet van 20 mei 2010 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met lastenverlichting voor burgers en bedrijfsleven, Stb. 2011, 294.

middel van de Eerste richtlijn en de Tweede richtlijn.²³ Het recht betreffende vennootschappen, niet naamloze vennootschappen, zoals besloten vennootschappen, stichtingen, verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen en coöperaties is niet, of in het geval van de besloten vennootschap, slechts ten dele, geharmoniseerd door middel van de Eerste richtlijn en de Tweede richtlijn. Hoewel de regelgeving betreffende deze rechtsvormen niet of slechts beperkt geharmoniseerd is binnen de lidstaten van de EU, heeft de Nederlandse wetgever de rechtshandeling splitsing ook mogelijk gemaakt voor besloten vennootschappen, stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Personenvennootschappen, zoals de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap, kunnen geen partij zijn bij een juridische splitsing. Ook in het wetsvoorstel betreffende de openbare vennootschap (Titel 7.13 BW)²⁴ was niet voorzien in de mogelijkheid tot fusie of splitsing van een openbare of commanditaire vennootschap, al dan niet met rechtspersoonlijkheid.

3.4 Twee basisvormen van splitsing: zuivere splitsing en afsplitsing

De Nederlandse wetgeving betreffende juridische splitsing kent twee basisvormen van splitsing: zuivere splitsing en afsplitsing (artikel 2:334a lid 1 BW). Zuivere splitsing en afsplitsing vormen de basis voor meerdere (sub-)vormen van splitsing, welke zullen worden behandeld in paragraaf 3.8. De Nederlandse wetgeving omvat alle vormen van splitsing die de Zesde richtlijn kent.

De definitie van zuivere splitsing is opgenomen in artikel 2:334a lid 2 BW. Zuivere splitsing wordt omschreven als:

‘de rechtshandeling waarbij het vermogen van een vennootschap die bij de splitsing ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen door twee of meer andere rechtspersonen’.

De zuivere splitsing als opgenomen in artikel 2:334a lid 2 BW is een implementatie van artikel 1 Zesde richtlijn. De verkrijgende vennootschappen bij de splitsing kunnen reeds bestaan – in dat geval is sprake van een splitsing door overname in de zin van artikel 1 lid 1 Zesde richtlijn – of in het kader van de splitsing worden opgericht – in dat geval is sprake van een splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen in de zin van artikel 1 lid 2 Zesde richtlijn. Een combinatie van

23 Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, PB L 26 van 31.1.1977, p. 1 – 13.

24 *Kamerstukken II, I, 2002-2012, 28 746 en Kamerstukken II, I, 2006-2012, 31 065.*

beide vormen van splitsing – splitsing door overneming en splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen – is eveneens mogelijk. Ook deze vorm van splitsing valt onder de reikwijdte van de Zesde richtlijn (artikel 1 lid 3 Zesde richtlijn).

Afsplitsing is gedefinieerd in artikel 2:334a lid 3 BW. Afsplitsing is:

‘de rechtshandeling waarbij het vermogen of een deel daarvan van een vennootschap die bij de splitsing niet ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen door een of meer andere rechtspersonen waarvan ten minste één overeenkomstig het bepaalde in deze of de volgende afdeling lidmaatschapsrechten of aandelen in zijn kapitaal toekent aan de leden of aan aandeelhouders van de splitsende vennootschap of waarvan ten minste één bij de splitsing door de splitsende vennootschap wordt opgericht.’

Bij afsplitsing houdt de (af)splitsende vennootschap niet op te bestaan, in tegenstelling tot bij zuivere splitsing. De afsplitsing vindt eveneens haar basis in de Zesde richtlijn (artikel 25 Zesde richtlijn), zij het dat in de Zesde richtlijn geen extensieve regeling is gegeven voor afsplitsing. Slechts de bepalingen omtrent zuivere splitsing worden van overeenkomstige toepassing verklaard op afsplitsing.

3.5 Reikwijdte van de Nederlandse splitsingswetgeving

De Nederlandse wetgeving betreffende juridische splitsing bevat een extensieve regeling. Grofweg kan een onderscheid gemaakt worden naar vijf deelonderwerpen welke door de splitsingswetgeving worden beheerst:

- (i): de mogelijkheden tot splitsing, zowel wat betreft de rechtspersonen die aan de splitsing kunnen deelnemen, als welke soorten splitsing mogelijk zijn, zoals zuivere splitsing en afsplitsing en varianten daarvan;
- (ii): de voorwaarden waaraan rechtspersonen moeten voldoen om partij te kunnen zijn bij een splitsing;
- (iii): de procedure tot splitsing, voor elke rechtspersoon die bij een splitsing betrokken is;
- (iv): de procedures die moeten worden nageleefd na het van kracht worden van een splitsing; en
- (v): oplossingen voor problemen die na de splitsing kunnen optreden.

De Nederlandse wetgeving betreffende splitsing ziet, evenals de Zesde richtlijn, in hoofdzaak op het vennootschapsrecht en niet op andere rechtsgebieden, zoals het goederenrecht en het verbintenissenrecht. De Nederlandse wetgeving in Afdeling 2.7.4. en 2.7.5. BW bevat dan ook, evenals de Zesde richtlijn, geen regels over de wijziging van het toepasselijk recht op de overdracht van goederen ten gevolge van een splitsing of de wijziging van het toepasselijk recht op overeenkomsten welke gesloten zijn voorafgaande aan de splitsing. Wat betreft dit laatste kan gedacht

worden aan overeenkomsten tot het aangaan van een juridische splitsing, gesloten door de vennootschappen die partij zijn bij de splitsing, waartoe de algemene vergaderingen of de besturen van de vennootschappen die partij zijn bij een juridische splitsing bevoegd zijn. Het toepasselijk recht op een dergelijke overeenkomst en de mogelijkheid tot een rechtskeuze bij zo een overeenkomst wordt naar Nederlands internationaal privaatrecht beheerst door de Rome I-Verordening²⁵ en artikel 10:153 tot en met 10:156 BW. Indien krachtens het ipr Nederlands recht van toepassing is op een dergelijke overeenkomst, wordt de overeenkomst beheerst door regels van verbintenissenrecht van Boek 3 en Boek 6 Burgerlijk Wetboek.

3.6 Kenmerkende elementen van juridische splitsing – parallel met juridische fusie

De Nederlandse wetgeving omtrent juridische splitsing vertoont veel gelijkenissen met die van juridische fusie. Dit is in de eerste plaats te verklaren vanuit het feit dat splitsing als economisch verschijnsel het spiegelbeeld vormt van fusie en dat de Zesde richtlijn, waarop de wetgeving omtrent juridische splitsing in de lidstaten van de EU is gebaseerd, is afgeleid van de Derde richtlijn betreffende juridische fusie. Het is daarom niet verwonderlijk dat ook de Nederlandse wetgeving betreffende splitsing en fusie veel gelijkenissen vertoont en dat sommige bepalingen betreffende splitsing gelijk zijn aan die bij fusie of juist het spiegelbeeld vormen van bepalingen betreffende fusie.

3.6.1 Ophouden te bestaan

Bij een zuivere splitsing houdt de splitsende vennootschap als gevolg van het van kracht worden van de splitsing op te bestaan (artikel 2:334a lid 2 BW). Bij een fusie houden alle fuserende vennootschappen, met uitzondering van de verkrijgende vennootschap, op te bestaan (artikel 2:311 lid 2 BW). Het ophouden te bestaan van de verdwijnende vennootschap bij zuivere splitsing is een punt van overeenkomst met het ophouden te bestaan van een verdwijnende vennootschap bij fusie.

Bij de afsplitsing blijft de afsplitsende vennootschap voortbestaan (artikel 2:334a lid 3 BW). Wat betreft het voortbestaan van de afsplitsende vennootschap kan geen vergelijking worden gemaakt met fusie, aangezien bij fusie geen vermogen van een vennootschap kan overgaan op een andere vennootschap zonder dat de vennootschap waarvan vermogen overgaat, ophoudt te bestaan. Afsplitsing kan ook wel worden aangeduid als ‘partiële splitsing’. Een ‘partiële juridische fusie’ is niet

²⁵ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PB L 177 van 4.7.2008, p. 6 – 16.

mogelijk, ook niet binnen de grenzen van de Derde richtlijn en Richtlijn 2011/35/EU.

Indien het gehele vermogen van de afsplitsende vennootschap overgaat op een verkrijgende vennootschap, houdt, ook in het geval van afsplitsing, de afsplitsende vennootschap op te bestaan. Artikel 2:334c lid 1 BW verbindt dit gevolg aan de overgang van het gehele vermogen van de splitsende vennootschap. Volgens de wetgever is het bestaansrecht van een vennootschap, die een lege huls is geworden, komen te vervallen. Bovendien zou een 'lege' naamloze vennootschap niet meer voldoen aan de geldende regels betreffende minimumkapitaal (artikel 2:67 lid 2).²⁶ De splitsende rechtspersoon houdt echter niet op te bestaan indien ten minste één verkrijgende rechtspersoon een bij de splitsing opgerichte naamloze vennootschap of besloten vennootschap is en de splitsende vennootschap daarvan bij de splitsing alle aandelen verkrijgt (artikel 2:334c lid 2 BW). Het betreft het geval van de 'moeder-dochtersplitsing', ook wel 'hybride splitsing' genoemd (artikel 2:334hh lid 1 BW, zie tevens paragraaf 3.8.4.). Het is voldoende dat de splitsende vennootschap slechts van één verkrijgende vennootschap aandeelhouder wordt.²⁷ Hieruit volgt dat bij dezelfde afsplitsing als waarbij een verkrijgende vennootschap wordt opgericht en waarvan alle aandelen worden verkregen door de splitsende vennootschap, ook andere reeds bestaande vennootschappen vermogen kunnen verkrijgen. Deze reeds bestaande vennootschappen kunnen echter geen aandelen toekennen aan de splitsende rechtspersoon, maar zullen aandelen moeten toekennen aan de aandeelhouders of leden van de splitsende rechtspersoon op basis van artikel 2:334c lid 1 BW.

De afsplitsing waarbij een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt opgericht en waarbij de afsplitsende rechtspersoon alle aandelen verkrijgt, kan gebruikt worden als alternatief voor een 'uitzakoperatie', waarmee hetzelfde resultaat wordt bereikt als oprichting van een nieuwe dochtervennootschap, gevolgd door volstorting van de aandelen in natura. Het voordeel van het gebruik van de splitsing in dit geval is dat de overgang van vermogen onder algemene titel geschiedt en niet onder bijzondere titel.²⁸

Bij het ophouden te bestaan van de splitsende vennootschap bij de zuivere splitsing wordt niet de formele ontbindingsprocedure gevolgd als bedoeld in artikel 2:19, 2:19a en 2:21 BW. Evenmin wordt het vermogen van de splitsende vennootschap vereffend.²⁹

²⁶ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 6.

²⁷ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 7.

²⁸ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 114.

²⁹ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 94.

3.6.2 Vermogensovergang onder algemene titel

De gevolgen en modaliteiten van de vermogensovergang onder algemene titel bij juridische splitsing zijn niet geharmoniseerd door middel van de Zesde richtlijn. In de Zesde richtlijn is alleen bepaald dat ‘het vermogen van een vennootschap, zowel rechten als verplichtingen, als gevolg van haar ontbinding zonder vereffening, in zijn geheel op verscheidene vennootschappen overgaat’ (artikel 2 lid 1 en artikel 21 lid 1 Zesde richtlijn). De woorden ‘onder algemene titel’ worden niet gebruikt in de Zesde richtlijn. De Zesde richtlijn is wat betreft de overgang van vermogen dwingend: een splitsing zonder overgang van vermogen ‘in zijn geheel’ is niet mogelijk. Ook bij afsplitsing is er sprake van ‘overgang van vermogen in zijn geheel’. In de Nederlandse wetgeving is de overgang van vermogen geïmplementeerd door in de wetgeving op te nemen dat bij splitsing, net als bij fusie, een vermogensovergang onder algemene titel plaatsvindt. De Zesde richtlijn ziet, net als de Derde richtlijn en Richtlijn 2011/35/EU, niet op harmonisatie van de eigenaardigheden en modaliteiten waaronder de overgang van vermogen van de gesplitste vennootschap op de verkrijgende vennootschap(en) plaatsvindt. Die eigenaardigheden en modaliteiten worden bepaald door het nationale recht van de lidstaten.

3.6.2.1 Systematiek vermogensovergang onder algemene titel in perspectief

Als gevolg van een zuivere splitsing gaat het gehele vermogen van de gesplitste vennootschap onder algemene titel over op twee of meerdere verkrijgende vennootschappen (artikel 2:334a lid 2 BW). Eenzelfde overgang vindt plaats bij afsplitsing, zij het dat bij een afsplitsing niet het gehele vermogen hoeft over te gaan, maar ook een gedeelte van het vermogen van de gesplitste vennootschap kan overgaan op de verkrijgende vennootschap (artikel 2:334a lid 3 BW). Het gedeelte van het vermogen dat niet overgaat, wordt door de afsplitsende vennootschap behouden. Voor wat betreft het behouden vermogen vindt er uiteraard geen vermogensovergang plaats.

De vermogensovergang van de gesplitste vennootschap op iedere verkrijgende vennootschap vindt plaats onder algemene titel. In artikel 3:80 lid 2 BW wordt de splitsing als bedoeld in artikel 2:334a BW aangemerkt als één van de wijzen waarop goederen onder algemene titel kunnen worden verkregen, naast de verkrijging onder algemene titel krachtens erfopvolging, boedelmenging, juridische fusie en goedkeuring van een overdrachtsplan als bedoeld in de artikelen 3:159l, 3:159p en 3:159s van de Wet op het financieel toezicht. Naar Nederlands recht zijn andere overgangen onder algemene titel dan die genoemd in artikel 3:80 BW niet mogelijk.

De rechtsopvolging onder algemene titel vertoont wat betreft de splitsende vennootschap bij zuivere splitsing gelijkenissen met de rechtsopvolging van de verdwijnende vennootschap door de verkrijgende vennootschap krachtens fusie en met de rechtsopvolging krachtens erfopvolging van een erflater. Zowel bij zuivere splitsing, als bij fusie als bij erfopvolging bestaat de vennootschap niet meer na de

splitsing, respectievelijk fusie, respectievelijk het overlijden van de erflater. Het gehele vermogen van de gewezen vennootschap (of natuurlijke persoon) gaat over.

Bij afsplitsing gaat niet het gehele vermogen over, tenzij het gehele vermogen wordt afgesplitst naar een nieuw op te richten naamloze vennootschap of besloten vennootschap en de afsplitsende rechtspersoon bij de splitsing alle aandelen daarvan verkrijgt. De afsplitsende rechtspersoon blijft voortbestaan. De vergelijking wat betreft de splitsende vennootschap bij afsplitsing met de splitsende vennootschap bij zuivere splitsing, de verdwijnende vennootschap bij fusie en de erflater in geval van erfopvolging, gaat in dit geval niet op. Het ligt dan eerder voor de hand de positie van de afsplitsende vennootschap te vergelijken met die van echtgenoten of geregistreerde partners bij de vermogensovergang onder algemene titel krachtens boedelmenging. Bij een huwelijk of geregistreerd partnerschap is de vermogensovergang immers niet gekoppeld aan het overlijden van de echtelieden of geregistreerde partners, net zoals de vermogensovergang bij afsplitsing niet gekoppeld is aan het ophouden te bestaan van de splitsende vennootschap.

De vermogensovergang onder algemene titel van de splitsende vennootschap op de verkrijgende vennootschap(en) is een belangrijk element van de juridische splitsing en één van de belangrijkste voordelen van de juridische splitsing ten opzichte van andere wijzen van splitsing, zoals de overdracht van activa en passiva (beschreven in paragraaf 3.2) en de overdracht van aandelen (beschreven in paragraaf 3.3.). Bij de juridische splitsing gaat het gehele vermogen – in het geval van een zuivere splitsing – of een gedeelte van het vermogen – bij een afsplitsing – onder algemene titel en van rechtswege over op de verkrijgende vennootschappen. Deze overgang onder algemene titel heeft tot gevolg dat er geen bijzondere leveringsformaliteiten moeten worden verricht, zoals wel het geval is bij een overdracht van activa en passiva en aandelen. Speciale leveringsvoorschriften, zoals krachtens Nederlands recht de levering van registergoederen bij notariële akte en inschrijving in de openbare registers, hoeven niet te worden nageleefd bij de vermogensovergang onder algemene titel ten gevolge van een splitsing.

Een ander belangrijk kenmerk van de overgang onder algemene titel is dat de verkrijger onder algemene titel de rechtspositie van zijn voorganger voortzet. De rechtsopvolger verkrijgt het gehele vermogen van de rechtsvoorganger of een gedeelte daarvan. Bij juridische fusie en juridische splitsing is deze regel niet neergelegd in een aparte wettelijke bepaling, maar volgt uit de definities van zuivere splitsing en afsplitsing in artikel 2:334a BW. Een bepaling waarin het *saisine*-beginsel is neergelegd, zoals in het erfrecht in artikel 4:182 BW, ontbreekt bij de fusie- en splitsingsregeling.

Hoewel het rechtsgevolg van erfopvolging en juridische splitsing, namelijk: een vermogensovergang onder algemene titel, gelijk zijn, kunnen niet zonder meer alle kenmerken en rechtsgevolgen van de overgang onder algemene titel welke zich openbaren bij erfopvolging geacht worden ook op te komen bij juridische splitsing. Het zou voor de hand liggen om de problematiek bij rechtsopvolging onder algemene titel bij splitsing (gelijk als bij fusie) te behandelen zoals bij erfopvolging,

omdat de overgang onder algemene titel zich vanuit het erfrecht heeft ontwikkeld.³⁰ Verstappen constateert echter dat een aantal belangrijke verschillen tussen fusie, splitsing en erfopvolging bestaat en dat om die reden ook belangrijke verschillen bestaan tussen de vermogensovergang bij fusie en splitsing enerzijds en erfopvolging anderzijds.

Bij erfopvolging wordt de vermogensrechtelijke positie van een natuurlijk persoon voortgezet door de erfgena(a)m(en). Bij een fusie of splitsing zal de verkrijgende vennootschap of zullen de verkrijgende vennootschappen de vermogensrechtelijke positie van de verdwijnende vennootschap voortzetten en zal de organisatie of onderneming, welke verbonden was aan de verdwijnende vennootschap, voortleven in de verkrijgende vennootschap of vennootschappen. Er is sprake van een zekere continuïteit van de door de verdwijnende vennootschap uitgeoefende activiteiten.³¹ Tevens is de oorzaak van de overgang onder algemene titel bij erfopvolging anders dan die bij fusie of splitsing. Aan een fusie of splitsing ligt een rechtshandeling ten grondslag, terwijl dat bij erfopvolging niet het geval is.³² De wet verbindt aan het rechtsfeit van overlijden van de erflater het rechtsgevolg 'erfopvolging' en daarmee de overgang onder algemene titel.

Bij een zuivere splitsing is altijd sprake van twee of meerdere rechtsopvolgers die de positie van de gesplitste vennootschap voortzetten, bij een afsplitsing kan één rechtsopvolger de rechtspositie van de afsplitsende vennootschap voortzetten. Een ander verschil tussen de vermogensovergang bij erfopvolging en splitsing is dat bij erfopvolging, wanneer er één erfgenaam is, die erfgenaam het gehele vermogen van de erflater onder algemene titel zal verkrijgen. Deze situatie vertoont gelijkenissen met een afsplitsing naar een nieuw op te richten dochtervennootschap, waarbij de splitsende vennootschap alle aandelen zal verkrijgen (het gaat hier om de splitsing in de zin van artikel 2:334c lid 2 jo. 2:334hh lid 1 BW). Het geval van erfopvolging door meerdere erfgenamen kan echter minder eenvoudig vergeleken worden met de zuivere splitsing of afsplitsing waarbij het vermogen op meerdere verkrijgende vennootschappen overgaat. De erfgenamen volgen de erflater, of zij nu erfgenaam zijn krachtens het versterferfrecht of krachtens testament, op in een aandeel in de nalatenschap (artikel 4:11 lid 1 BW en artikel 4:115 BW). Bij een splitsing waarbij meerdere vennootschappen optreden als verkrijgende vennootschap, is dat niet het

30 Verstappen 1996, p. 253. Hoewel het proefschrift van Verstappen dateert van vóór het van kracht worden van de splitsingswetgeving in Nederland en de invoering van Boek 4 BW betreffende het nieuwe erfrecht, is de door hem beschreven problematiek en doctrine bij rechtsopvolging onder algemene titel krachtens fusie en erfopvolging nog steeds actueel voor juridische splitsing, ervan uitgaande (i) dat de vermogensovergang bij juridische splitsing niet wezenlijk verschilt van die bij juridische fusie en (ii) de vermogensovergang onder algemene titel bij erfopvolging bij de invoering van Boek 4 BW betreffende het nieuwe erfrecht niet van karakter is veranderd. Een belangrijke aanwijzing hiervoor is dat artikel 3:80 lid 2 BW geen wijziging heeft ondergaan bij de invoering van de splitsingswetgeving (anders dan een tekstuele aanpassing) en evenmin is gewijzigd bij de invoering van Boek 4 BW betreffende het nieuwe erfrecht.

31 Verstappen 1996, p. 254 – 255.

32 Verstappen 1996, p. 255.

geval. Iedere verkrijgende vennootschap verkrijgt hetgeen krachtens de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving aan die vennootschap wordt toegeedeeld (artikel 2:334a lid 2, 3 BW). De krachtens de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving verkregen goederen vormen op het moment van het van kracht worden van de splitsing niet noodzakelijkerwijs een aandeel in een onverdeeldheid, zoals wel het geval is bij een nog niet verdeelde nalatenschap het geval is (artikel 3:189 lid 2 BW).

Ten slotte heeft splitsing, evenals fusie, een ruil karakter: in ruil voor de vermogensovergang van de splitsende rechtspersoon op de verkrijgende rechtspersoon, worden lidmaatschapsrechten of aandelen in die verkrijgende rechtspersoon toegekend (artikel 2:334e lid 1 BW). Tegenover een verkrijging onder algemene titel als erfgenaam staat geen tegenprestatie en het ruil karakter ontbreekt.

Vanwege de verschillen tussen enerzijds erfopvolging en anderzijds fusie of splitsing, kunnen niet zonder meer de regels betreffende de overgang onder algemene titel bij erfopvolging op splitsing toegepast worden. De verschillen sluiten echter een overeenkomstige toepassing ook niet uit. Verstappen pleit daarom voor een onderzoek naar de gelijkwaardigheid van de situatie die zich bij fusie – en splitsing – voordoet met de erfrechtelijke situatie, voorafgaande aan de eventuele analoge toepassing van de erfrechtelijke regels op fusie en splitsing.³³

Zoals de regels omtrent de vermogensovergang onder algemene titel bij erfopvolging analoog kunnen worden toegepast op de vermogensovergang onder algemene titel bij fusie en splitsing, zo zouden ook de regels omtrent de vermogensovergang onder algemene titel bij boedelmenging analoog kunnen worden toegepast op de vermogensovergang onder algemene titel bij splitsing. Bij afsplitsing ligt analoge toepassing van de regels omtrent de overgang onder algemene titel bij boedelmenging misschien nog wel meer voor de hand dan de toepassing van de regels bij erfopvolging, omdat bij boedelmenging, net als bij afsplitsing, een vermogensovergang plaatsvindt, zonder dat de (rechts)persoon van wie het vermogen overgaat ophoudt te bestaan.

Net als bij overeenkomstige toepassing van de regels met betrekking tot de overgang onder algemene titel bij erfopvolging bij fusie of splitsing, kunnen de regels omtrent de vermogensovergang onder algemene titel bij boedelmenging niet zonder meer worden toegepast op afsplitsing, al is een overeenkomstige toepassing ook niet uitgesloten. Een belangrijk verschil is dat bij boedelmenging de echtelieden of geregistreerde partners een aandeel in een huwelijks- of partnerschapsgemeenschap krijgen (artikel 1:93 jo. 1:80b BW), terwijl bij afsplitsing niet noodzakelijkerwijs een aandeel in een gemeenschap wordt verkregen door de verkrijgende rechtspersoon, maar vermogensbestanddelen worden verkregen overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving (artikel 2:334a lid 3 BW).

³³ Verstappen 1996, p. 257.

3.6.2.2 De reikwijdte van het begrip ‘vermogen’

De overgang van vermogen in het kader van een splitsing heeft een ruime betekenis. Bij de vermogensovergang onder algemene titel bij splitsing wordt onder ‘vermogen’ verstaan: het samenstel van activa en passiva van de splitsende vennootschap.³⁴ Onder ‘vermogen’ wordt dus niet alleen activa – bezittingen – verstaan, maar ook passiva – schulden. Tevens is in de Memorie van toelichting bij de splitsingswetgeving verduidelijkt dat ook rechtsverhoudingen, zoals bijvoorbeeld het samenstel van rechten en plichten uit een (langlopende) overeenkomst, overgaan op de verkrijgende vennootschap(en).³⁵ De reikwijdte van het begrip ‘vermogen’ bij splitsing is hetzelfde als bij fusie.³⁶

3.6.2.3 Hoofddregels bij vermogensovergang onder algemene titel

Bij de overgang van vermogen onder algemene titel in het kader van fusie of zuivere splitsing gaan in principe alle activa en passiva over op de verkrijgende vennootschap(en), bij afsplitsing gaat een gedeelte van de activa en passiva over op de verkrijgende vennootschap(en).³⁷ Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar en kunnen onder algemene titel overgaan op de verkrijgende vennootschap(en), tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet (artikel 3:83 lid 1 BW).

Beperkte rechten, zoals erfpacht en vruchtgebruik, kunnen eveneens overgaan bij splitsing. Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard (artikel 3:8 BW). Indien een goed dat bezwaard is met een beperkt recht overgaat op de verkrijgende vennootschap, gaat ten gevolge van het goederenrechtelijk gevolg (*droit de suite*) dat goed slechts over op de verkrijgende vennootschap bezwaard met dat beperkte recht. De overgang onder algemene titel heeft niet tot gevolg dat een met een beperkt recht bezwaard goed zonder dat beperkte recht overgaat op een verkrijgende vennootschap.

Afhankelijke rechten volgen het recht waaraan zij verbonden zijn (artikel 3:82 BW). Een afhankelijk recht is een recht dat aan een ander recht zodanig verbonden is, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan (artikel 3:7 BW). Indien het recht waaraan het afhankelijke recht is verbonden overgaat in het kader van een splitsing, gaat ook het afhankelijke recht onder algemene titel mee over. Een voorbeeld hiervan is wanneer een vordering ten gevolge van een splitsing overgaat op een verkrijgende vennootschap en ter zekerheid van voldoening van de vordering een recht van pand of hypotheek is gevestigd. Bij de overgang van de vordering gaat

34 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 5.

35 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 15.

36 *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 453, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 3, 4.

37 De wet spreekt over ‘vermogen’ (artikel 2:334a BW). Zie ten aanzien van inconsequent gebruikte terminologie wat betreft de overgang van vermogen en de verkrijging van vermogen: Wessels 1997, p. 177.

ook het afhankelijke recht, het recht van pand of hypotheek, over van de splitsende vennootschap op de verkrijgende vennootschap.

De overgang onder algemene titel houdt tevens in dat de verkrijgende vennootschap de splitsende vennootschap opvolgt in zijn bezit en houderschap. De wet bepaalt in artikel 3:116 BW uitdrukkelijk dat hij die onder een algemene titel een ander opvolgt, die ander daarmee opvolgt in diens bezit en houderschap, met alle hoedanigheden en gebreken daarvan. Een eventuele lopende verjaring wordt voortgezet door de opvolger onder algemene titel (artikel 3:102 BW).

Ten gevolge van de splitsing volgen de verkrijgende vennootschap(en) de splitsende vennootschap op in alle vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen, of, bij afsplitsing, in alle vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen die overgaan op de verkrijgende vennootschap(en). De verbintenissen van de splitsende vennootschap gaan over op de verkrijgende vennootschap(en). De rechtsgevolgen van een overeenkomst gelden mede voor de rechtverkrijgenden onder algemene titel, tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit (artikel 6:249 BW). Een *change-of-controlbepaling* in een overeenkomst, inhoudende dat de overeenkomst wordt ontbonden indien de wederpartij fuseert of splitst of specifieke goedkeuring van de wederpartij voor de continuering van de overeenkomst is vereist, staat in de weg aan de overgang van een overeenkomst ten gevolge van fusie of splitsing.³⁸ Indien vorderingen overgaan in het kader van de splitsing, is geen cessieakte en mededeling aan de schuldenaar nodig.

Verstappen leidt uit de parlementaire geschiedenis bij de wijziging van de fusiewetgeving, – waarbij de mogelijkheid van fusie werd uitgebreid tot verenigingen en stichtingen – af dat niet alleen de ten tijde van de fusie reeds bestaande vermogensrechten en verplichtingen uit rechtsbetrekkingen overgaan, maar ook rechtsbetrekkingen als bron van verbintenissen overgaan op de verkrijgende vennootschap.³⁹ Omdat de verkrijgende vennootschap(en) bij splitsing ook, net als bij fusie, de rechtspositie van de splitsende vennootschap voortzet(ten), kan deze redenering ook toegepast worden bij splitsing. Bij splitsing speelt echter de moeilijkheid dat niet eenduidig is vast te stellen welke rechtsbetrekking op welke verkrijgende vennootschap is overgegaan, of, bij afsplitsing, welke rechtsbetrekking niet is overgegaan, maar is behouden door de splitsende vennootschap. De uit deze moeilijkheid voortvloeiende problemen kunnen echter worden voorkomen wanneer in de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving nauwkeurig wordt beschreven welke rechtsbetrekking op welke vennootschap overgaan of welke worden behouden door de splitsende vennootschap.

Niet alleen verbintenissen uit overeenkomst gaan over op de verkrijgende vennootschap, ook verbintenissen uit de wet, zoals verbintenissen uit zaakwaarneming (artikel 6:198 BW), onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of belasting-schulden. Verstappen constateert dat als op het moment van fusie alle elementen

³⁸ Raaijmakers, 'GS Rechtspersonen', art. 2:334a BW, aant. 9.

³⁹ Verstappen 1996, p. 299 en *Kamerstukken II*, 1983-1984, 18 285, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 3.

voor het aannemen van een verbintenis uit zaakwaarneming of onrechtmatige daad aanwezig zijn, de verbintenis op de verkrijgende vennootschap overgaat.⁴⁰ Dat is begrijpelijk, omdat op dat moment de verbintenis reeds bestaat en dan bestaat immers ook de verplichting tot nakoming. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor splitsing. Verstappen constateert tevens dat wanneer het feitencomplex dat onrechtmatig handelen oplevert deels voor en deels na de fusie ligt, ook voor de verkrijgende vennootschap een verbintenis tot schadevergoeding kan ontstaan. Er is dan geen sprake van een overgang van een verbintenis, omdat de verbintenis pas ontstaat nadat alle elementen voor het aannemen van een onrechtmatige daad aanwezig zijn. Zijn die elementen pas aanwezig na het van kracht worden van de fusie, dan ontstaat de verbintenis ook pas na het van kracht worden van de fusie en zal op de verkrijgende vennootschap de verplichting tot schadevergoeding komen te rusten. De verkrijgende vennootschap zet de volledige rechtspositie van de verdwijnende vennootschap voort en aan haar kan (het begin van) het onrechtmatig gedrag worden toegerekend. De op het tijdstip van fusie onbekende aansprakelijkheden van de verdwijnende vennootschap gaan over op de verkrijgende vennootschap.⁴¹ Ook voor splitsing kan deze redenering gevolgd worden, zij het dat naar mijn mening de verbintenis tot schadevergoeding niet kan ontstaan ten laste van de vennootschap aan wie het onrechtmatig handelen van de splitsende vennootschap na het van kracht worden van de splitsing niet kan worden toegerekend.

3.6.2.4 Uitzonderingen op hoofdregels bij vermogensovergang onder algemene titel

Op het beginsel dat alle vermogensbestanddelen van de splitsende vennootschap voor overgang onder algemene titel vatbaar zijn, bestaan enkele uitzonderingen. Goederen kunnen onoverdraagbaar zijn, wanneer de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet (artikel 3:83 lid 1 BW). Schuldeiser en schuldenaar kunnen door middel van een beding de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten (artikel 3:83 lid 2 BW). Alle andere rechten dan eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn slechts overdraagbaar wanneer de wet dit bepaalt (artikel 3:83 lid 3 BW).

De onoverdraagbaarheid van een goed impliceert echter nog niet dat het goed ook niet voor overgang onder algemene titel vatbaar is.⁴² Van Olfen, Buijn en Simonis geven het voorbeeld van de overdracht van aandelen in een besloten vennootschap en de overgang van aandelen in een besloten vennootschap onder algemene titel. De *overdracht* van aandelen in een besloten vennootschap is onmogelijk, indien de blokkeringsregeling niet is nageleefd (artikel 2:195 BW). De *overgang* onder algemene titel van aandelen – bijvoorbeeld ten gevolge van een

40 Van Solinge 1994, p. 69 en Verstappen 1996, p. 321.

41 Sanders en Westbroek 2005, p. 593

42 Van Olfen, Buijn Simonis 2004, p. 98.

juridische splitsing – in een besloten vennootschap is echter wel mogelijk zonder dat de blokkeringsregeling wordt nageleefd.

Rechten kunnen niet voor overgang vatbaar zijn krachtens de wet of als uit de aard van het recht volgt dat een recht niet voor overgang vatbaar is, wanneer het bijvoorbeeld een hoogstpersoonlijk recht betreft. Tevens zijn voor sommige rechtsverhoudingen of hoedanigheden, los van de vraag of zij als ‘hoogstpersoonlijk’ kwalificeren of niet, speciale wettelijke bepalingen opgenomen die de opvolging regelen. Deze separate wettelijke bepalingen zullen worden behandeld in paragraaf 3.6.2.5. Daarnaast kunnen publiekrechtelijke regelingen de overgang van goederen op de verkrijgende vennootschap verhinderen. Een voorbeeld hiervan is de mogelijke toepassing van de Wet voorkeursrecht gemeenten.⁴³

Wat betreft vorderingen bepaalt artikel 3:83 lid 2 BW dat de overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan worden uitgesloten door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar. Indien uitdrukkelijk een beding is overeengekomen dat de vordering niet overgaat in het kader van een fusie of splitsing, gaat de vordering niet over op de verkrijgende vennootschap. Houdt de splitsende vennootschap op te bestaan, dan zal van de inhoud van het betreffende beding afhangen wat er met de vordering gebeurt: of deze terstond opeisbaar wordt of dat deze teniet gaat. Een regel met eenzelfde soort karakter geldt voor de overgang van overeenkomsten. In artikel 6:249 BW is bepaald dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst mede gelden voor de rechtverkrijgenden onder algemene titel, tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit.

Niet-vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen gaan niet onder algemene titel over op de verkrijgende vennootschap(en). Hierbij valt te denken aan hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen. Uit de aard van een hoogstpersoonlijke rechtsverhouding vloeit voort dat zij niet overgaat op een verkrijgende vennootschap, omdat de rechtsverhouding zodanig verbonden is met het persoonlijk karakter van een vennootschap dat de rechtsverhouding niet kan overgaan.⁴⁴ De rechtsverhouding deelt daarmee het lot van de splitsende vennootschap.⁴⁵ Het klassieke voorbeeld van een hoogstpersoonlijke rechtsbetrekking is de betrekking tussen een opdrachtgever en een kunstschilder tot het schilderen van een kunstwerk. In dat geval staan de persoonlijke kwaliteiten van de kunstschilder voorop. Een hoogstpersoonlijke rechtsverhouding met een vennootschap is moeilijker voor te stellen, omdat vennootschappen uit hun aard een onpersoonlijk karakter hebben.

De wetgever geeft geen duidelijke omschrijving wat als hoogstpersoonlijke rechtsverhouding getypeerd moet worden. Verstappen meent dat onder hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen in het rechtspersonenrecht alleen die rechtsverhoudingen dienen te worden begrepen, die niet of niet ongewijzigd overgaan op

43 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 278.

44 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 271.

45 Verstappen 1996, p. 275.

de verkrijgende vennootschap.⁴⁶ Daaronder vallen naar zijn mening rechtsverhoudingen die niet als vermogensrechtelijke rechtsverhouding te kwalificeren zijn – zoals hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen, waarbij de kwaliteit van een vennootschap centraal staat, toevoeging ERR – en de vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen die op grond van de wet, de statuten, de partijbedoeling of de aard van de rechtsverhouding zelf niet ongewijzigd onder algemene titel overgaan. Verstappen merkt – mijn inziens terecht – op dat de kwalificatie als ‘hoogstpersoonlijk’ in het rechtspersonenrecht nooit een argument kan zijn om de rechtsverhouding buiten de overgang onder algemene titel te houden, maar dat een meer formele invulling aan dit begrip moet worden gegeven. Dit houdt in dat een rechtsverhouding als hoogstpersoonlijk kan worden aangemerkt indien die niet ongewijzigd onder algemene titel kan overgaan op een verkrijgende vennootschap. Deze opvatting doet recht aan het onpersoonlijke karakter dat rechtspersonen uit hun aard hebben.

De hiervoor beschreven problematiek van hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen betreft met name situaties waarbij de vennootschap een prestatie moet verrichten die niet – ongewijzigd – onder algemene titel kan overgaan op de verkrijgende vennootschap vanwege het hoogstpersoonlijke karakter daarvan. De tegenovergestelde situatie, waarbij de splitsende vennootschap een persoonlijk recht heeft jegens een derde, kan zich ook voordoen. Een voorbeeld van zo een recht is een vergunning die de vennootschap heeft verkregen krachtens publiekrecht.⁴⁷ Vergunningen kunnen in beginsel onder algemene titel overgaan op de verkrijgende vennootschap, nadat bepaald is dat overgang bestuursrechtelijk gezien mogelijk is.⁴⁸

De minister van Justitie heeft in de Nota naar aanleiding van het verslag bij de splitsingswetgeving op vragen van de SGP-fractie betreffende het al dan niet overgaan van rechtsverhoudingen die geen vermogensrechten zijn, geantwoord dat zij zich niet goed kon voorstellen dat rechtsverhoudingen die geen vermogensrechten zijn onder algemene titel overgaan.⁴⁹ De minister van Justitie heeft echter niet toegelicht wat er gebeurt met rechtsverhoudingen die geen vermogensrechten zijn indien de splitsende vennootschap ophoudt te bestaan.

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht vroeg zich af of actieve en passieve benoemingsrechten – zoals bijvoorbeeld het recht bestuurders van een vennootschap te benoemen – overgaan bij splitsing. Volgens de minister is ook dat niet het geval. Indien de vennootschap met een benoemingsrecht ophoudt te bestaan, gaat het benoemingsrecht teniet.⁵⁰ Ook indien de verdwijnende vennootschap bestuurder is van een andere vennootschap, eindigt de hoedanigheid van bestuurder van die vennootschap met het ophouden te bestaan van die vennootschap en wordt daarin niet van rechtswege opgevolgd door een verkrijgende vennootschap. De

46 Verstappen 1996, p. 274-279 en Verstappen 2002, p. 71.

47 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 275.

48 Van Buuren en Knijff 2001, p. 30 en Verstappen 2002, p. 74. Zie tevens: Wessels 1997, p. 182.

49 *Kamerstukken II*, 1996-1997, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 15.

50 *Kamerstukken II*, 1996-1997, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 16.

hoedanigheid van bestuurder gaat niet over op de verkrijgende vennootschap. Een nieuwe benoeming van een verkrijgende vennootschap als bestuurder is in dat geval noodzakelijk.⁵¹

Doorlopende volmachten, welke niet verbonden zijn aan enig vermogensbestanddeel, gaan volgens de minister eveneens niet over op de verkrijgende vennootschap.⁵² A contrario kan de conclusie getrokken worden dat dit anders is ten aanzien van doorlopende volmachten die verbonden zijn aan enig goed. Een voorbeeld van een doorlopende volmacht is de volmacht rechtshandelingen te verrichten met betrekking tot een bepaald registergoed of een bepaalde bankrekening. Als een volmacht nadrukkelijk aan dat ene registergoed of die ene bankrekening is verbonden, zal bij overgang van dat registergoed ook de volmacht mee overgaan op de verkrijgende vennootschap die in het kader van de splitsing dat registergoed of dat banktegoed verkrijgt.

3.6.2.5 Speciale regelingen bij vermogensovergang onder algemene titel

In een aantal gevallen voorziet de wet in speciale regelingen voor rechtsverhoudingen waarbij een vennootschap betrokken is of voor hoedanigheden die een vennootschap heeft en die al dan niet overgaan op de verkrijgende vennootschap in geval van fusie of splitsing. De vraag of die rechtsverhoudingen of hoedanigheden al dan niet 'hoogstpersoonlijk' zijn, is dan niet meer relevant. In het vervolg zullen voogdij, bewind, het lidmaatschap van een vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, het zijn van erfgenaam en executele worden behandeld.

Voogdij

Tot 21 april 2004 was een speciale bepaling in de wet opgenomen die voorzag in de overgang van voogdij ingeval een vennootschap, die optrad als voogd, fuseerde of werd gesplitst. De tekst van artikel 1:302 lid 3 BW luidde als volgt:⁵³

'Elke voogdij van een rechtspersoon die door fusie of splitsing ophoudt te bestaan, gaat over op de verkrijgende rechtspersoon onderscheidenlijk in overeenstemming met het voorstel tot splitsing op een van de verkrijgende rechtspersonen, een en ander mits de verkrijgende rechtspersoon een rechtspersoon is waaraan de rechter krachtens lid 1 een voogdij kan opdragen'.

Met de wijziging van de Wet op de jeugdzorg in 2004 is tevens artikel 1:302 BW aangepast en is artikel 1:302 lid 3 BW komen te vervallen.⁵⁴ De minister van Justitie was van mening dat de problematiek van opvolging bij fusie en splitsing niet meer speelde, omdat vanaf dat moment per provincie slechts één stichting werkzaam zal

51 Van Olfen, Buijn en Simonis 2004, p. 99.

52 *Kamerstukken II*, 1996-1997, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 16.

53 Zie tevens: Wessels 1997, p. 179.

54 Wet van 22 april 2004, houdende regeling van de aanspraak op, de toegang tot en de bekostiging van jeugdzorg (Wet op de jeugdzorg), Stb. 2004, 306.

zijn die de voogdij in vorenbedoelde zin kan uitoefenen.⁵⁵ De betreffende bepaling is om die reden komen te vervallen.

Deze gedachtegang van de minister is moeilijk te volgen. De monopoliepositie van één stichting in een provincie neemt nog niet weg dat er een fusie of splitsing met een andere stichting kan plaatsvinden, waarbij de regel van het oude artikel 1:302 lid 3 BW een oplossing zou kunnen bieden. Omdat de minister in de Memorie van toelichting heeft aangegeven dat de regel van artikel 1:302 lid 3 BW kon komen te vervallen, omdat sprake zou zijn van slechts één stichting per provincie en niet omdat het principe van opvolging bij fusie of splitsing niet meer zou gelden, zou kunnen worden aangenomen dat voogdij ook na het vervallen van het oude artikel 1:302 lid 3 BW nog kan overgaan op een verkrijgende vennootschap.

Bewind

Krachtens artikel 1:435 lid 6 kunnen rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid tot bewindvoerder van meerderjarige personen worden benoemd. Hetzelfde geldt ten aanzien van een testamentair bewind (artikel 4:157 lid 3 BW) en een bewind ingesteld bij schenking (artikel 7:182 lid 2 BW jo. artikel 4:157 lid 3 BW). In tegenstelling tot voogdij, kunnen ook andere rechtspersonen dan stichtingen het bewind voeren. Noch artikel 1:435 lid 6 BW, noch artikel 4:157 BW bevat, evenals het huidige artikel 1:302 lid 3 BW bij voogdij, een bepaling over de overgang van het bewindvoederschap in geval van fusie en splitsing van de vennootschap die bewindvoerder is.⁵⁶ Aangenomen moet worden dat bij fusie of splitsing van een bewindvoerende vennootschap het bewind met het van kracht worden van de fusie of splitsing eindigt.⁵⁷

Lidmaatschap vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij

Het lidmaatschap van een vereniging is persoonlijk, tenzij de statuten anders bepalen (artikel 2:34 lid 1 BW). Dat neemt echter niet weg dat, indien een rechtspersoon ten gevolge van een fusie of splitsing ophoudt te bestaan, het lidmaatschap van de verdwijnende rechtspersoon over kan gaan op de verkrijgende rechtspersoon of overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving op één van de verkrijgende rechtspersonen. In de statuten van de vereniging kan echter anders worden bepaald (artikel 2:34 lid 2 BW). Indien dat het geval is, gaat het lidmaatschap van een vereniging niet over op de verkrijgende rechtspersoon.

Het lidmaatschap van een coöperatie gaat eveneens over op een verkrijgende rechtspersoon, tenzij de statuten van de coöperatie anders bepalen. Artikel 2:34 lid 2 BW is op basis van de schakelbepaling van artikel 2:53a BW van overeenkomstige toepassing op de coöperatie.

⁵⁵ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 168, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 83.

⁵⁶ Wessels 1997, p. 179.

⁵⁷ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 270.

De schakelbepaling van artikel 2:53a BW geldt eveneens voor de onderlinge waarborgmaatschappij. Het lidmaatschap van een onderlinge waarborgmaatschappij is echter onlosmakelijk verbonden met de overeenkomst van verzekering (artikel 2:62 sub a BW). Ieder lid van een onderlinge waarborgmaatschappij heeft een overeenkomst van verzekering met de onderlinge waarborgmaatschappij. Gezien de verbondenheid van het lidmaatschap met de overeenkomst, is een separate bepaling opgenomen voor het geval de overeenkomst van verzekering wordt overgedragen of overgaat ten gevolge van fusie of splitsing. Artikel 2:62 sub b BW bepaalt daarom dat bij overdracht en bij overgang van de rechten en verplichtingen uit een overeenkomst van verzekering – waaronder begrepen de overgang onder algemene titel ten gevolge van fusie of splitsing –, ook het lidmaatschap van die onderlinge waarborgmaatschappij, voor zover uit die overeenkomst voortvloeiende, overgaat op de verkrijgende vennootschap.

Erfgenaamschap

Rechtspersonen kunnen bij testament worden aangewezen als erfgenaam of legataris. Om aan een making – i.e. een erfstelling of een legaat – een recht te kunnen ontnemen, moet de erfgenaam of legataris bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt (artikel 4:56 lid 1 BW). Deze regel geldt voor natuurlijke personen en voor rechtspersonen. Indien een rechtspersoon is ontbonden en daarom niet meer bestaat, kan deze niet meer verkrijgen uit hoofde van een erfstelling of een legaat. De erfstelling of het legaat heeft dan geen werking en mist haar of zijn doel.

Artikel 4:56 lid 1 BW bevat een speciale regel voor het geval een rechtspersoon vóór het openvallen van de nalatenschap ten gevolge van een juridische fusie of juridische splitsing is opgehouden te bestaan. In zo een geval komen de rechten uit een making toe aan de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen. Schols spreekt in dit geval van een van rechtswege werkende ‘rechtspersonenrechtelijke plaatsvervulling’.⁵⁸ Hoewel artikel 4:56 lid 1 BW naar de letter alleen ziet op makingen, zijnde erfstellingen en legaten, wordt de ‘rechtspersonenrechtelijke plaatsvervulling’ ook wel van toepassing geacht op lastbevoordelingen.

Bij splitsing moet aan de hand van de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving bepaald worden aan welke verkrijgende rechtspersoon de rechten uit een making toekomen (artikel 4:56 lid 1 BW). Voor het geval aan de hand van die beschrijving niet kan worden bepaald welke rechtspersoon in de plaats en de rechten treedt van de gesplitste rechtspersoon, is artikel 2:334s BW van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit betekent dat bij een zuivere splitsing aan elke verkrijgende rechtspersoon de rechten uit de making toekomen naar evenredigheid van de waarde van het deel van het vermogen dat die rechtspersoon ten gevolge van de splitsing verkrijgt (artikel 2:334s lid 2 BW). Indien niet het gehele vermogen is overgaan bij de splitsing, zoals bij afsplitsing het geval is, komen de rechten uit een making toe aan de afsplitsende, voortbestaande rechtspersoon (artikel 2:334s lid 3 BW).

⁵⁸ Van Mourik, Verstappen, Schols, Schols, en Waaijer 2006, p. 234.

De regel zoals die is opgenomen in artikel 4:56 lid 1 BW heeft tot gevolg dat, indien de begunstigde rechtspersoon niet meer bestaat, de notaris onder andere bij de afgifte van een verklaring van erfrecht en bij afgifte van legaten zal moeten nagaan of een fusie of splitsing heeft plaatsgehad en, wanneer het een splitsing betreft, aan welke verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen de rechten uit een making toekomen. Artikel 4:56 BW werkt van rechtswege, maar dat betekent nog niet dat de testateur niet zou kunnen afwijken van deze regel. Als de testateur wenst af te wijken van de hoofdregel van artikel 4:56 BW, zijn drie situaties te onderscheiden.⁵⁹

In de eerste plaats kan de testateur artikel 4:56 BW buiten toepassing verklaren. In dat geval wordt één rechtspersoon benoemd tot erfgenaam of legataris. Indien de begunstigde rechtspersoon ten gevolge van een fusie of splitsing is opgehouden te bestaan, komen de rechten uit die making of erfstelling niet toe aan de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen.

In de tweede plaats kan de testateur alleen één bepaalde rechtspersoon aanwijzen als erfgenaam of legataris, zonder daarbij artikel 4:56 BW buiten toepassing te verklaren. In dat geval kan de notaris met behulp van uitleg van de uiterste wilsbeschikking op basis van artikel 4:46 BW concluderen tot niet-toepasselijkheid van artikel 4:56 BW, als de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen, de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt en de omstandigheden na een fusie of splitsing van de begunstigde rechtspersoon daartoe aanleiding geven.

Ten derde kan de uiterste wilsbeschikking een motivering bevatten waarom een vennootschap tot erfgenaam of legataris benoemd wordt. Dit geval laat zich het beste uitleggen aan de hand van een voorbeeld. In de uiterste wilsbeschikking zou kunnen staan: 'Stichting X krijgt een legaat van een som geld ter grootte van (...), omdat Stichting X doel Z nastreeft'.

Op basis van artikel 4:46 BW kan deze uiterste wilsbeschikking zo worden uitgelegd dat de testateur niet de bedoeling heeft gehad artikel 4:56 BW buiten spel te zetten, maar dat het doel van Stichting X kennelijk voor hem het belangrijkste was. Indien Stichting X fuseert of wordt gesplitst en de verkrijgende Stichting Y neemt het doel van Stichting X over, dan kunnen aan Stichting Y de rechten van de making aan Stichting X toekomen. Indien echter het doel van Stichting Y – en eventuele andere verkrijgende rechtspersonen – niet overeenkomt met dat van Stichting X, kan de uiterste wilsbeschikking zo uitgelegd worden dat de testateur niet heeft bedoeld dat aan Stichting Y of andere verkrijgende rechtspersonen de rechten uit de making toekomen en dat de testateur wel de bedoeling had artikel 4:56 BW niet van toepassing te doen laten zijn.

⁵⁹ Zie tevens: Roelofs 2011-I, p. 7 – 9.

Executele

Rechtspersonen kunnen executeur zijn. Afdeling 4.5.6. BW betreffende executele werpt geen belemmeringen op om een rechtspersoon tot executeur te benoemen. De taak van een natuurlijk persoon als executeur eindigt door de dood (artikel 4:149 lid 1 sub c BW). Omdat de wet geen expliciete bepaling bevat voor de gevallen waarin een rechtspersoon-executeur ten gevolge van een fusie of splitsing ophoudt te bestaan, ligt het voor de hand dat artikel 4:149 lid 1 sub c BW analoog wordt toegepast. Indien een rechtspersoon executeur is en ten gevolge van een fusie of splitsing ophoudt te bestaan, gaat de hoedanigheid van executeur niet over op de verkrijgende rechtspersoon.⁶⁰

3.6.3 Overgang aandeelhouderschap / lidmaatschap

Een ander kenmerk van splitsing is dat in principe een volledige ruil plaatsvindt van aandelen of lidmaatschapsrechten. In beginsel worden alle aandeelhouders of alle leden van de splitsende rechtspersoon aandeelhouder of lid van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen in ruil voor hun aandelen of lidmaatschapsrechten in de splitsende rechtspersoon (artikel 2:334e lid 1 BW). De Zesde richtlijn bepaalt dwingend dat iedere verkrijgende vennootschap aandelen uitreikt aan de aandeelhouder van de splitsende vennootschap (artikel 2 lid 1 en artikel 21 lid 1 Zesde richtlijn). Over de wijze waarop die uitreiking plaatsvindt, bevat de Zesde richtlijn geen regels.

Het principe van ruil van aandelen geldt echter niet in bepaalde omstandigheden, welke in de wet zijn opgesomd. Deze uitzonderingen gelden in bepaalde gevallen voor de splitsing van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen en de afsplitsing van een naamloze vennootschap, besloten vennootschap, vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting waarbij de afsplitsende vennootschap de aandelen verkrijgt van een in het kader van een afsplitsing nieuw opgerichte naamloze vennootschap of besloten vennootschap (artikel 2:334c lid 2 jo. artikel 2:334hh lid 1 BW). Bij de splitsing van rechtspersonen met een ledenstructuur, zoals een vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, waarbij de verkrijgende rechtspersoon ook een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij is, worden de leden van de splitsende rechtspersoon altijd lid van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen.

Geen aandelen in het kapitaal van de verkrijgende vennootschap worden verkregen in ruil voor aandelen die de verkrijgende vennootschap zelf of een ander voor haar rekening houdt in de splitsende vennootschap (artikel 2:334e lid 2 BW). Het gaat hier om het geval dat de verkrijgende vennootschap aandelen houdt in de splitsende vennootschap. Dit artikel is een implementatie van artikel 17 lid 2 sub a Zesde richtlijn.⁶¹ Volgens de hoofdregel van artikel 2:334e lid 1 BW zou de

⁶⁰ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 271.

⁶¹ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 8.

verkrijgende vennootschap als aandeelhouder van de splitsende vennootschap aandelen moeten toekennen aan zichzelf in ruil voor de aandelen in de splitsende vennootschap. Krachtens artikel 2:334e lid 2 BW bestaat op deze regel een uitzondering en worden geen aandelen toegekend door de verkrijgende vennootschap aan zichzelf als aandeelhouder van de splitsende vennootschap. Deze regel is begrijpelijk gezien vanuit een ruimere context van Boek 2 BW. Artikel 2:334e lid 2 BW voorkomt dat bij splitsing een vennootschap aandelen aan zichzelf moet toekennen. Schoonbrood en Van Olffen duiden dit als ‘een principe dat past binnen het vennootschapsrecht’.⁶² Andere plaatsen in de wet waarin dit principe naar voren komt, is bij de uitgifte van aandelen. Krachtens artikel 2:95 lid 1 en artikel 2:205 BW mag een naamloze vennootschap, respectievelijk kan een besloten vennootschap geen aandelen nemen bij een emissie.

Een andere uitzondering op het beginsel dat de aandeelhouder van de splitsende vennootschap aandeelhouder wordt van de verkrijgende vennootschap is eveneens neergelegd in artikel 2:334e lid 2 BW. Een splitsende vennootschap die aandelen in zichzelf – of een ander voor haar rekening – houdt, zou op basis van de hoofdregel van artikel 2:334e lid 1 BW aandelen toegekend krijgen in de verkrijgende vennootschap in ruil voor de aandelen die zij in zichzelf hield. Krachtens artikel 2:334e lid 2 BW worden ook in dit geval geen aandelen door de verkrijgende vennootschap aan de splitsende vennootschap toegekend. Deze regel is een implementatie van artikel 17 lid 2 sub b Zesde richtlijn. In de Memorie van toelichting is opgemerkt dat aandelen die de splitsende vennootschap in zichzelf houdt uiteraard wel onder algemene titel ten gevolge van de splitsing kunnen overgaan op een verkrijgende vennootschap.⁶³ Die verkrijgende vennootschap zal dan aandelen toekennen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap (op basis van de hoofdregel van artikel 2:334e lid 1 BW), met uitzondering van de splitsende vennootschap zelf (op basis van artikel 2:334e lid 2 BW).

Naast de hoofdregels omtrent toekenning van aandelen bij splitsing in artikel 2:334e lid 1 en lid 2 BW, is in artikel 2:334e lid 3 BW nog een viertal uitzonderingen opgesomd op basis waarvan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap geen aandelen toegekend krijgen in de verkrijgende vennootschap.

De aandeelhouder of het lid van de splitsende rechtspersoon wordt geen aandeelhouder van de bij de splitsing opgerichte naamloze of besloten vennootschap indien de splitsende rechtspersoon daarvan bij de splitsing alle aandelen verkrijgt (artikel 2:334e lid 3 sub a BW). In dat geval is het de splitsende rechtspersoon zelf die aandeelhouder wordt van de naamloze vennootschap of besloten vennootschap en niet de aandeelhouder of het lid van de splitsende rechtspersoon.

De aandeelhouders van de splitsende vennootschap worden eveneens geen aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap(pen) indien ten aanzien van de

⁶² Schoonbrood en Van Olffen 2011-I, p. 109.

⁶³ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 8.

verkrijgende vennootschap(pen) artikel 2:334cc of artikel 2:334ii BW wordt toegepast. Artikel 2:334cc BW ziet op de splitsing die ook wel ‘ruziesplitsing’ wordt genoemd, welke alleen mogelijk is bij een zuivere splitsing en niet bij een afsplitsing. Bij deze vorm van splitsing worden *onderscheiden* aandeelhouders aandeelhouder van *onderscheiden* verkrijgende vennootschappen (artikel 2:334cc lid 1 BW). Artikel 2:334ii BW ziet op de driehoekssplitsing. Bij de driehoekssplitsing worden de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap niet aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap zelf, maar van een groepsmaatschappij van een verkrijgende vennootschap, bijvoorbeeld de moedervernootschap van de verkrijgende vennootschap.

Eveneens worden geen aandelen verkregen door de aandeelhouders van de splitsende vennootschap indien krachtens de ruilverhouding zelfs geen recht bestaat op een enkel aandeel (artikel 2:334e lid 3 sub c BW). Dat is bijvoorbeeld het geval indien het aandelenbezit van een aandeelhouder in de splitsende vennootschap zo klein is, dat voor dat aandeel of die aandelen nog geen recht bestaat op één volledig aandeel in de verkrijgende vennootschap.

Ten slotte worden geen aandelen verkregen wanneer één van de verkrijgende vennootschappen of, bij een driehoekssplitsing, de groepsmaatschappij, geen besloten vennootschap is en de gesplitste besloten vennootschap winstrechtloze of stemrechtloze aandelen kent en de houders van die soorten aandelen bij de vennootschap een verzoek tot schadeloosstelling indienen op basis van artikel 2:334ee1 BW. In dat geval krijgen zij geen aandelen toegekend in hetzij de verkrijgende vennootschap, hetzij de groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap, maar een schadeloosstelling in geld (artikel 2:334e lid 3 sub d BW jo. artikel 2:334ee1 BW). Deze uitzondering op de toekenning van aandelen is in de wet opgenomen met het van kracht worden van de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht per 1 oktober 2012.⁶⁴

In de literatuur is de vraag opgekomen of een *onevenredige* of *disproportionele* splitsing ook valt binnen de wettelijke definitie van splitsing. Een onevenredige splitsing is de splitsing waarbij aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder worden van een verkrijgende vennootschap in een andere verhouding dan zij aandeelhouder waren in de gesplitste vennootschap. Een onevenredige splitsing doet zich bijvoorbeeld voor wanneer in de splitsende vennootschap iedere aandeelhouder voor 50% aandeelhouder was en in de verkrijgende vennootschap de ene aandeelhouder voor 30% en de andere aandeelhouder voor 70% wordt.

64 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), Stb. 2012, 299, Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), Stb. 2012, 300 en Besluit van 29 juni 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Stb. 2012, 301.

Dorresteyn is van mening dat de wettekst zich niet verzet tegen een onevenredige splitsing. Hij constateert dat de wetsgeschiedenis geen duidelijkheid biedt over de toelaatbaarheid van de onevenredige splitsing, maar ziet wel een basis voor de onevenredige splitsing in artikel 2:334e BW. Bovendien leidt hij uit het feit dat de Nederlandse wetgever de ruziesplitsing heeft geregeld af dat onevenredige splitsing mogelijk is. De ruziesplitsing is immers de vorm van splitsing waarbij de onevenredigheid het sterkst naar voren komt.⁶⁵ Bovendien is het resultaat van een onevenredige splitsing te bereiken door middel van een ruziesplitsing in de zin van artikel 2:334cc BW, gevolgd door een afsplitsing van iedere verkrijgende vennootschap naar de andere verkrijgende vennootschap. Dorresteyn constateert terecht dat deze opvolgende splitsingen ondoorzichtig zijn voor de direct betrokkenen en het volgen van twee aparte procedures de positie van belanghebbenden niet versterkt. Van Solinge ziet echter in artikel 2:334e BW geen basis voor de onevenredige splitsing en – als ik hem goed begrijp – is van mening dat de ruziesplitsing als bedoeld in artikel 2:334cc BW de meest ultieme uitzondering is op het beginsel dat splitsingen evenredig zijn.⁶⁶

Ik meen echter dat artikel 2:334e BW wel een basis biedt voor onevenredige splitsing. Artikel 2:334e BW schrijft immers slechts voor dat de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder moeten worden van alle verkrijgende vennootschappen en daar is aan voldaan bij een onevenredige splitsing.⁶⁷ Bij een onevenredige splitsing zouden de aandeelhouders overeen kunnen komen dat de over- en onderbedeling een vordering doet ontstaan, waardoor de onderbedeelde aandeelhouder een vordering heeft op de overbedeelde aandeelhouder.

Een ander argument voor de mogelijkheid tot onevenredige splitsing kan naar mijn mening worden gevonden in artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn en het sinds 1 juli 2011 geldende artikel 2:334hh lid 2 BW, op basis waarvan volstaan kan worden met een minder uitgebreide procedure tot splitsing indien alle verkrijgende vennootschappen bij de splitsing worden opgericht en de aandeelhouders van de splitsende vennootschap daarvan, evenredig aan hun aandeel in de splitsende vennootschap, aandeelhouder worden. Nu deze ‘evenredige splitsing’ in de wetgeving op unie- en nationaal niveau is opgenomen en gefaciliteerd, vraag ik mij af wat nog de betekenis zou zijn van de ‘uitgebreide’ procedure zoals die is opgenomen in Afdeling 2.7.4. en 2.7.5. BW als een onevenredige splitsing niet tot de mogelijkheden behoort. Zou immers de onevenredige splitsing niet tot de mogelijkheden behoren, dan zouden, uitzonderingen als de ruziesplitsing in de zin van artikel 2:334cc BW daargelaten, alle splitsingen ‘evenredig’ zijn.

65 Dorresteyn 1998, p. 6, 7.

66 Van Solinge 2000, p. 72 en in dezelfde zin: Asser/Maeijer 2-III 2000/583j.

67 Zo ook: Koster 2009, p. 303.

3.6.4 Speciale regelingen met betrekking tot splitsing

3.6.4.1 Overgang pandrecht en vruchtgebruik

De aandelen of lidmaatschapsrechten in de splitsende rechtspersoon kunnen zijn bezwaard met een beperkt recht, zoals een recht van pand of vruchtgebruik. Wanneer de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan, en de aandelen of lidmaatschapsrechten vervallen, vervalt ook het pandrecht (artikel 3:81 lid 2 BW). Wanneer de splitsende rechtspersoon blijft voortbestaan, vervallen de aandelen en lidmaatschapsrechten niet, maar kan de waarde van de aandelen of lidmaatschapsrechten waarop het pandrecht of vruchtgebruik is gevestigd negatieve zin wijzigen. Artikel 2:334o BW is de pendant van artikel 3:229 BW en bevat een oplossing voor deze problematiek. Artikel 2:334o lid 1 BW bepaalt dat de rechthebbende van een pandrecht of vruchtgebruik, de pandhouder of vruchtgebruiker op een recht van lidmaatschap of op aandelen in het kapitaal van de splitsende rechtspersoon van rechtswege eenzelfde recht verkrijgt op hetgeen het lid of de aandeelhouder krachtens de akte van splitsing verkrijgt. Dat betekent dat de pandhouder een nieuw pandrecht krijgt op de nieuw toegekende aandelen of lidmaatschapsrechten. Hetzelfde geldt voor vruchtgebruik. Dit geldt ook voor de aandelen die worden toegekend door de groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap bij een driehoekssplitsing (artikel 2:334ii lid 3 BW).

Indien de splitsende rechtspersoon voortbestaat, blijft het bestaande pandrecht of recht van vruchtgebruik naast het nieuwe pandrecht of recht van vruchtgebruik in stand. Het pandrecht of vruchtgebruik op de nieuwe lidmaatschapsrechten komt van rechtswege tot stand.⁶⁸

In sommige gevallen treedt niets in de plaats voor aandelen die in het kader van de splitsing vervallen. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als op basis van de ruilverhouding nog geen recht bestaat op een enkel aandeel (artikel 2:334e lid 3 sub c jo. artikel 2:334x lid 2 BW) of gebruik wordt gemaakt van de schadeloosstellingsregeling van artikel 2:334ee1 BW. In dat geval moeten de verkrijgende rechtspersonen de rechthebbende een gelijkwaardige vervanging geven (artikel 2:334o lid 2 BW). Een vervanging ontstaat niet van rechtswege. Indien de vennootschap aandelen in haar eigen kapitaal houdt welke bezwaard zijn met een recht van pand of vruchtgebruik, treedt voor die aandelen niets in de plaats, artikel 2:334e lid 2 BW is dan immers van toepassing. Ook in dat geval moet de vennootschap een gelijkwaardige vervanging geven indien die aandelen zijn bezwaard met een pandrecht of vruchtgebruik.

Artikel 2:334o BW geldt niet in het geval van de hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW, waarbij de splitsende moedervenootschap vermogen afsplitst naar een nieuw op te richten dochtervenootschap en daarbij alle aandelen van de dochtervenootschap verkrijgt. De aandelen in de moedervenootschap

⁶⁸ Van Olfen, Buijn en Simonis 2004, p. 87.

vervallen immers niet. De wetgever heeft in de Memorie van toelichting toegelicht dat een vervangend pandrecht of recht van vruchtgebruik in dit geval ook niet nodig is, omdat de waarde van de moedermaatschappij en dus de waarde van de aandelen waarop het pandrecht of recht van vruchtgebruik rust niet – in negatieve zin, toevoeging ERR – wijzigt.⁶⁹

Van Olffen, Buijn en Simonis constateren dat aan een gelijkwaardige vervanging niet altijd behoefte zal bestaan.⁷⁰ Zij schetsen het geval van een afsplitsing terwijl de aandeelhouder van de splitsende vennootschap op basis van de ruilverhouding geen aandelen toegekend zal krijgen in de verkrijgende vennootschap, maar een vordering in geld op de verkrijgende vennootschap. Krachtens artikel 3:229 lid 1 BW krijgt de pandhouder van rechtswege een pandrecht op deze vordering, die in plaats treedt van het verbonden goed, in dit geval de vervallen aandelen. De pandhouder heeft in dat geval geen aanvullende zekerheid. Ik betwijfel echter of dat zo is. Artikel 2:334o lid 2 BW is van dwingend recht en noch de wettekst, noch de parlementaire geschiedenis opent de mogelijkheid daarvan af te zien.

Artikel 2:334o BW geldt ook niet voor het wettelijk pandrecht op aandelen dat toekomt aan houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen op basis van artikel 3:259 BW. Volgens Van Olffen, Buijn en Simonis zal de medewerking van de vennootschap voor de uitgifte van certificaten ook hebben te gelden voor de in het kader van de splitsing toe te kennen certificaten van aandelen.⁷¹ Dortmund heeft dat al eerder verdedigd in het kader van de toekenning van aandelen bij fusie.⁷² Van die medewerking kan echter geen sprake zijn indien de statuten van de verkrijgende vennootschap medewerking aan de uitgifte van certificaten verbieden. Certificaathouders hebben alsdan geen rechten jegens de verkrijgende vennootschap en van een pandrecht op de aandelen krachtens artikel 3:259 BW kan dan ook geen sprake zijn.

3.6.4.2 Bijzonder rechthebbenden

Indien jegens de splitsende rechtspersoon bijzondere rechten bestaan, kunnen die rechten ofwel verdwijnen met het ophouden te bestaan van de splitsende rechtspersoon, dan wel aan belang inboeten omdat vermogen is afgesplitst. Artikel 2:334p bevat regels hiervoor. Op basis van dat artikel moeten degenen die een bijzonder recht hebben jegens de rechtspersoon, zoals een winstrecht of optierecht, anders dan als lid of aandeelhouder, hetzij zodanige rechten in de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen krijgen, dat zij, al dan niet in combinatie met het recht dat jegens de splitsende voortbestaande rechtspersoon in stand blijft, gelijkwaardig zijn aan het

⁶⁹ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 16.

⁷⁰ Van Olffen, Buijn en Simonis 2004, p. 88.

⁷¹ Van Olffen, Buijn en Simonis 2004, p. 67.

⁷² Dortmund 1989, p. 141.

recht vóór de splitsing, hetzij een schadeloosstelling krijgen (artikel 2:334p lid 1 BW).

De vraag komt op wat een ‘bijzonder recht jegens de splitsende rechtspersoon’ is. Volgens de Memorie van toelichting kunnen in ieder geval winstbewijzen, converteerbare obligaties of ‘een ander dergelijk recht’ als zodanig kwalificeren.⁷³ Volgens Buijn is een bijzonder recht in de zin van artikel 2:334p BW alleen aanwezig indien het recht zich richt op de rechtspersoon zelf, zoals rechten op het aandelenkapitaal en winstgerechtigdheid – één en ander voor zover die rechten worden gehouden anders dan als lid of aandeelhouder, toevoeging ERR. Algemene rechten jegens de splitsende rechtspersoon, zoals een recht op levering, gaan over op een verkrijgende vennootschap of blijven achter bij de splitsende vennootschap. Volgens Buijn moeten de in artikel 2:334p BW bedoelde rechten statutair vastgelegd zijn. Ook converteerbare obligaties vallen volgens Buijn onder de in artikel 2:334p BW bedoelde rechten.⁷⁴ Een contractueel recht op winst is niet gerelateerd aan de inrichting van een vennootschap en kwalificeert daarom niet als een bijzonder recht in de zin van artikel 2:334p BW. Volgens Buijn vallen ook de houders van certificaten van aandelen niet onder artikel 2:334p BW.⁷⁵ Houders van certificaten die niet met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, geven geen enkel recht jegens de vennootschap, doch alleen jegens het administratiekantoor. Als certificaten met medewerking van een naamloze vennootschap zijn uitgegeven en zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit, hebben de certificaathouders het recht te verzoeken bij volmacht het aan het aandeel verbonden stemrecht uit te oefenen (artikel 2:118a BW). In de statuten van een besloten vennootschap kan worden bepaald dat houders van certificaten vergaderrechten hebben (artikel 2:227 lid 2 BW). Indien in de statuten van de besloten vennootschap is bepaald dat de houders van certificaten vergaderrecht hebben, dan heeft dat recht van de houders van certificaten een statutaire basis en kwalificeert dat recht naar mijn mening als een bijzonder recht jegens de vennootschap in de zin van artikel 2:334p BW.

Volgens artikel 2:334p lid 1, moeten de rechten jegens de verkrijgende rechtspersonen, eventueel samen met die in de voortbestaande, splitsende rechtspersoon na de splitsing gelijkwaardig zijn aan het recht voor de splitsing. Uit de Memorie van toelichting valt op te maken dat het niet noodzakelijk is dat de rechthebbenden rechten krijgen in iedere verkrijgende rechtspersoon. Ik zou hier nog verder willen gaan en ben van mening dat bij afsplitsing het niet noodzakelijk is dat de rechthebbenden ook die rechten krijgen in een verkrijgende rechtspersoon, maar alleen hun rechten behouden jegens de splitsende rechtspersoon, mits die rechten jegens de voortbestaande gesplitste rechtspersoon maar gelijkwaardig zijn na de splitsing in

⁷³ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 16.

⁷⁴ Buijn 1996, p. 57, 58.

⁷⁵ Anders: Volders 2013, commentaar bij art. 2:334p.

vergelijking met voor de splitsing. De wetgever lijkt bij toepassing van artikel 2:334p lid 1 BW de individuele rechthebbende op het oog te hebben gehad en niet de collectiviteit van rechthebbenden van een bepaald soort recht.⁷⁶

Artikel 2:334p lid 1 BW opent ook de mogelijkheid dat de rechten worden afgekocht. De rechthebbenden krijgen dan een schadeloosstelling, welke de individuele rechthebbende en de splitsende en eventueel de reeds bestaande verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen overeenkomen. De schadeloosstelling kan ten laste komen van de splitsende rechtspersoon, van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen of zowel ten laste van de splitsende rechtspersoon als van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen. Als geen overeenstemming wordt bereikt over de schadeloosstelling, wordt deze bepaald door één of meer onafhankelijke deskundigen, benoemd door de voorzieningenrechter van de rechtbank van de statutaire zetel van de splitsende rechtspersoon, op verzoek van de meest gerede partij.

Ten slotte is ook artikel 2:334o BW van overeenkomstige toepassing op het pandrecht of vruchtgebruik dat op de bijzondere rechten was gevestigd. Dat betekent dat van rechtswege een pandrecht of vruchtgebruik ontstaat op de krachtens artikel 2:334p BW toegekende vervangende rechten, dan wel, wanneer de rechten vervallen en dus de weg van schadeloosstelling van artikel 2:334p lid 1 BW wordt gevolgd, de pandhouder of vruchtgebruiker een gelijkwaardige vervanging gegeven moet worden (artikel 2:334o lid 2 BW).

Artikel 2:334p BW geldt ook bij driehoekssplitsing. Artikel 2:334ii lid 3 BW bepaalt dat de verplichtingen uit artikel 2:334p BW op de groepsmaatschappij rust die de aandelen toekent. Dat betekent dat de rechthebbenden van bijzondere rechten jegens de splitsende vennootschap, zodanige rechten moeten krijgen in de groepsmaatschappij in plaats van in de verkrijgende vennootschap.

3.6.4.3 Financiële verantwoording

Een algemeen beginsel binnen het rechtspersonenrecht is continuïteit in de financiële verslaggeving van een rechtspersoon. Juist bij een splitsing kan die continuïteit in gevaar komen, omdat een rechtspersoon ten gevolge van de splitsing kan ophouden te bestaan, dan wel dat een gedeelte van het vermogen van een rechtspersoon overgaat op een andere rechtspersoon, waarmee bij de financiële verslaggeving rekening gehouden moet worden. Artikel 2:334q BW ziet op de continuïteit van de financiële verslaggeving bij splitsing.

De splitsing wordt juridisch van kracht met ingang van de dag na die waarop de notariële akte van splitsing is verleden (artikel 2:334n BW). Partijen bij de splitsing kunnen hier niet van afwijken. Boekhoudkundig kan een splitsing echter van kracht

⁷⁶ Van Olfen, Buijn en Simonis 2004, p. 41.

worden op een eerder moment, gekozen door de partijen bij de splitsing: boekhoudkundige terugwerkende kracht is dus mogelijk. Het moment van het boekhoudkundig van kracht worden dient te worden vermeld in het voorstel tot splitsing (artikel 2:334f lid 2 sub i BW). Het laatste boekjaar van de splitsende rechtspersoon eindigt op het tijdstip met ingang waarvan de financiële gegevens zullen worden verantwoord in de jaarrekening of financiële verantwoording van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen (artikel 2:334q lid 1 BW), indien de splitsende vennootschap ophoudt te bestaan. Over het laatste boekjaar, het boekjaar waarin de splitsing juridisch van kracht wordt, hoeft dan geen separate jaarrekening of andere financiële verantwoording te worden opgemaakt, maar die wordt opgenomen in de jaarrekening van de verkrijgende rechtspersoon. Blijft de splitsende vennootschap voortbestaan, dan zal de financiële verantwoording betreffende het overgegangene vermogen met ingang van het moment waarop de splitsing boekhoudkundig van kracht is geworden worden opgenomen in de financiële verslaggevingen van de verkrijgende vennootschap waarop het vermogen is overgegaan.

In de Memorie van toelichting lijkt de wetgever er van uit te gaan dat het moment van het boekhoudkundig van kracht worden voor alle verkrijgende rechtspersonen gelijk moet zijn, om fricties tussen de verschillende verslaggevingen te voorkomen.⁷⁷ Op zich is dat een begrijpelijke gedachte van de wetgever, maar dat zou naar mijn mening dan ook moeten gelden voor de splitsende rechtspersoon. Het – boekhoudkundig – gelijktijdig van kracht worden is juist essentieel voor de continuïteit van de financiële verslaggeving, waar artikel 2:334q BW op ziet. Schutte-Veenstra en Boschma zijn van mening dat, indien meerdere tijdstippen zijn gekozen waarop de splitsing boekhoudkundig van kracht wordt – hetgeen naar mijn mening alleen mogelijk is wanneer er meerdere verkrijgende rechtspersonen zijn –, het verdedigbaar is dat het boekjaar van de splitsende rechtspersoon eindigt op het laatste tijdstip dat is gekozen.⁷⁸ Ik onderschrijf deze visie van Schutte-Veenstra en Boschma. Ook al wordt de splitsing boekhoudkundig op verschillende tijdstippen van kracht ten aanzien van verschillende verkrijgende rechtspersonen, dit hoeft de continuïteit van de financiële verslaggeving niet in de weg te staan.

Van Olffen, Buijn en Simonis zijn van mening dat het mogelijk is de splitsing boekhoudkundig op verschillende tijdstippen van kracht te laten worden. De wettekst verzet zich daar volgens hen niet tegen. Dat geldt naar hun mening echter alleen indien de splitsende rechtspersoon blijft voortbestaan. Als de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan, kan er volgens hen maar één moment zijn waarop de splitsing boekhoudkundig van kracht wordt.⁷⁹

Heeft de splitsing boekhoudkundig geen terugwerkende kracht, dan zal over het laatste – veelal gebroken – boekjaar van de splitsende rechtspersoon een jaarrekening of andere financiële verantwoording moeten worden opgemaakt, ook al is

⁷⁷ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 17.

⁷⁸ Boschma en Schutte-Veenstra 2011, commentaar bij art. 2:334q BW, aant. 2.

⁷⁹ Van Olffen, Buijn en Simonis 2004, p. 95, 96.

de splitsende rechtspersoon als gevolg van de splitsing opgehouden te bestaan. De verplichtingen omtrent de jaarrekening of andere financiële verantwoording rusten na het juridisch van kracht worden van de splitsing op de gezamenlijke verkrijgende rechtspersonen (artikel 2:334q lid 2 BW). Dat betekent dat de algemene vergadering (en), respectievelijk ledenvergadering(en) van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen de jaarrekening van de splitsende rechtspersoon moeten vaststellen (artikel 2:101 lid 3 BW, artikel 2:210 lid 3 BW en artikel 2:58 lid 1 BW).

Waarderingsverschillen tussen de verantwoording van activa en passiva in de laatste jaarrekening van de splitsende rechtspersoon en in de eerste jaarrekening van de verkrijgende rechtspersoon na de splitsing, zullen moeten worden toegelicht (artikel 2:334q lid 2 BW) en de verkrijgende rechtspersonen moeten wettelijke reserves vormen op dezelfde wijze als de gesplitste rechtspersoon deze wettelijke reserves moest aanhouden, tenzij daartoe krachtens de wet geen verplichting toe bestaat (artikel 2:334q lid 4 BW).

3.6.4.4 Overgang overeenkomsten

In principe gaan de overeenkomsten, waarbij de splitsende rechtspersoon partij is, onder algemene titel over op de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen, indien dat is bepaald in de beschrijving bij het voorstel tot splitsing (zie hierna paragraaf 3.9.2.). Artikel 6:159 BW betreffende contractsovername geldt dan niet. In sommige gevallen kan het voorkomen dat een overeenkomst van een partij bij de splitsing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet in stand behoort te blijven. Indien dat zich voordoet, kan de rechter de overeenkomst op vordering van één der partijen bij de overeenkomst wijzigen of ontbinden, aan welke wijziging of ontbinding ook terugwerkende kracht kan worden verleend (artikel 2:334r lid 1 BW). De rechter dient te toetsen of de overeenkomst, zoals die bestond voor de splitsing, na de splitsing op grond van de gewijzigde situatie niettemin ongewijzigd, aangepast of ontbonden moet worden.⁸⁰

De vordering tot wijziging of ontbinding van de overeenkomst wordt ingesteld door middel van een dagvaarding. Zowel de wederpartij bij de overeenkomst als de partij bij de splitsing kan een vordering tot wijziging of ontbinding van de overeenkomst instellen. De vordering kan zowel voor als na de splitsing worden ingesteld, al vervalt de bevoegdheid tot het instellen van de vordering door verloop van zes maanden na de nederlegging van de akte van splitsing ten kantore van de openbare registers van de woonplaatsen van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen en de gesplitste rechtspersoon (artikel 2:334r lid 2 BW).⁸¹ Hoewel deze zin enige verwarring oproept of hiermee de ‘openbare registers’ in ruime zin bedoeld zijn, dan wel de neerlegging van de akte van splitsing ten kantore van het handelsregister, lijkt het voor de hand te liggen dat die laatste nederlegging is

⁸⁰ Buijn 1996, p. 89.

⁸¹ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 2.

bedoeld.⁸² Indien uit de wijziging of ontbinding van de overeenkomst schade ontstaat voor de wederpartij na de splitsing, is de betrokken rechtspersoon, de partij bij de splitsing, gehouden tot vergoeding van de schade (artikel 2:334r lid 3 BW).

In artikel 6:258 BW is eveneens een mogelijkheid opgenomen op basis waarvan de rechter de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of de overeenkomst geheel kan ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. De vraag is of een samenloop kan ontstaan tussen artikel 2:334r BW enerzijds en artikel 6:258 BW anderzijds. Hierbij moet in het oog gehouden worden dat artikel 2:334r BW een *lex specialis* is, maar dat de toepasselijkheid van artikel 6:258 BW niet is uitgesloten bij splitsing en dat de werkingsfeer van artikel 2:334r BW minder ruim is dan die van artikel 6:258 BW. De vordering op basis van artikel 2:334r BW kan slechts gedurende een beperkte tijd worden ingesteld en geldt alleen voor die gevallen waarin een overeenkomst ten gevolge van de splitsing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven. De vraag is, of na verloop van zes maanden na de nederlegging van de akte van splitsing als bedoeld in artikel 2:334r lid 2 BW, nog een vordering op basis van artikel 6:258 BW kan worden ingesteld. Volgens de minister van Justitie, Buijn en Raaijmakers moet deze vraag bevestigend worden beantwoord,⁸³ zij het dat na verloop van zes maanden en bij een beroep op artikel 6:258 BW de splitsing niet meer is aan te merken als een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 BW.⁸⁴ Volgens Van Olffen, Buijn en Simonis zal een beroep op artikel 6:258 BW nadien niet meer baten.⁸⁵ Ik kan de mening van Van Olffen, Buijn en Simonis onderschrijven. Als de splitsing na verloop van zes maanden niet meer is aan te merken als een onvoorziene omstandigheid, zie ik niet in wat de rol van artikel 6:258 BW zou kunnen zijn.

Volgens Boschma en Schutte-Veenstra kan een schuldeiser tegelijk met de vordering op basis van artikel 2:334r BW verzet aantekenen tegen de splitsing op basis van artikel 2:334l BW. Het ligt volgens hen voor de hand dat de rechter dan eerst op het verzet zal beslissen, zodat kan worden voorkomen dat zich onvoorziene omstandigheden voordoen.⁸⁶ In tegenstelling tot het verzet op basis van artikel 2:334l BW, heeft de vordering op basis van artikel 2:334r BW geen schorsende werking.

Volgens Boschma en Schutte-Veenstra vindt artikel 2:334t BW, betreffende de aansprakelijkheid voor verbintenissen, geen toepassing op de verbintenis tot schadevergoeding, omdat de schadevergoedingsplicht nog niet bestond op het

82 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 262, 263.

83 Anders: Verbrugh 2007, p. 115.

84 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 2, Buijn 1996, p. 90 en Raaijmakers en Van der Sangen 2003, art. 322, aant. 2

85 Van Olffen, Buijn en Simonis 2004, p. 83.

86 Boschma en Schutte-Veenstra 2011, art. 2:334r BW, aant. 4.

moment van de splitsing. Buijn is echter van mening dat artikel 2:334t BW wel van toepassing is.⁸⁷ Naar mijn mening hebben Boschma en Schutte-Veenstra gelijk voor zover de betrokken rechtspersoon die gehouden is tot vergoeding van de schade op basis van artikel 2:334r lid 3 BW een verkrijgende rechtspersoon is en de verbintenis tot schadevergoeding na de splitsing is ontstaan. Artikel 2:334t BW ziet immers alleen op verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing en niet op verbintenissen van de verkrijgende rechtspersoon en/of verbintenissen die na de splitsing zijn ontstaan. Het is echter mogelijk dat de vordering tot wijziging of ontbinding van de overeenkomst wordt ingesteld voor het van kracht worden van de splitsing. Naar mijn mening kan dan ook de splitsende rechtspersoon, die al dan niet voortbestaat na de splitsing, gehouden zijn de schade te vergoeden. Op de aansprakelijkheid voor die verbintenis is naar mijn mening artikel 2:334t BW wel van toepassing.

3.6.4.5 Rechthebbenden vermogensbestanddelen

Het voorstel tot splitsing dient een beschrijving te bevatten aan de hand waarvan kan worden bepaald welke vermogensbestanddelen op welke verkrijgende rechtspersonen overgaan, dan wel welke vermogensbestanddelen door de splitsende rechtspersoon worden behouden (artikel 2:334f lid 2 sub d BW). In de beschrijving worden zowel activa als passiva (als rechtsverhoudingen) opgenomen.

Het kan voorkomen dat na de splitsing onduidelijkheden bestaan over welke rechtspersoon rechthebbende is van een vermogensbestanddeel, omdat (i) de beschrijving onvoldoende nauwkeurig is, dan wel (ii) bepaalde vermogensbestanddelen over het hoofd zijn gezien of (iii) ten tijde van de opstelling van het voorstel tot splitsing niet bekend waren. Voor al die gevallen bevat artikel 2:334s BW een regeling, welke zowel geldt voor activa als passiva. De regels van artikel 2:334s BW lijken van dwingend recht, maar zijn dat niet.⁸⁸ In de beschrijving kan een bepaling worden opgenomen, inhoudende dat de voortbestaande gesplitste rechtspersoon, dan wel één van de verkrijgende rechtspersonen de rechthebbende is van het betreffende vermogensbestanddeel, waarvan op basis van de beschrijving onduidelijk is welke rechtspersoon rechthebbende is. Artikel 2:334s BW is dan niet van toepassing.

Artikel 2:334s BW is niet een aanvulling op het criterium 'nauwkeurigheid' van de beschrijving, maar biedt slechts een oplossing indien onverhoopt aan de hand van de beschrijving niet kan worden bepaald welke rechtspersoon rechthebbende is van een vermogensbestanddeel.⁸⁹

⁸⁷ Buijn 1996, p. 90.

⁸⁸ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 18.

⁸⁹ 'Verslag van de vergadering van de Vereniging handelsrecht, 27 september 1996, 18 oktober 1996 over Splitsing van rechtspersonen en de Mededingingswet', Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 32.

Bij toepassing van artikel 2:334s BW voor de bepaling welke rechtspersoon rechthebbende is van een bepaald vermogensbestanddeel, maakt de wet een onderscheid voor het geval (i) het gehele vermogen van de gesplitste rechtspersoon is overgegaan en (ii) niet het gehele vermogen is overgegaan. Er wordt echter geen onderscheid gemaakt tussen zuivere splitsing en afsplitsing. Als het gehele vermogen van de gesplitste rechtspersoon is overgegaan, hetgeen het geval kan zijn bij een zuivere splitsing, maar eveneens bij een afsplitsing, zijn de verkrijgende rechtspersonen gezamenlijk rechthebbende van het vermogensbestanddeel (artikel 2:334s lid 2 BW). Dit heeft tot gevolg dat de goederen, waarvan de verkrijgende rechtspersonen gezamenlijk rechthebbende zijn geworden, een gemeenschap vormen in de zin van Titel 3.7 BW. Volgens Buijn ligt het voor de hand dat alle vermogensbestanddelen ten aanzien waarvan artikel 2:334s BW toepassing vindt, behoren tot één gemeenschap en dat niet ten aanzien van elk vermogensbestanddeel apart een gemeenschap bestaat.⁹⁰ Vordert één der deelgenoten ontbinding van de gemeenschap, dan moeten alle vermogensbestanddelen die tot die gemeenschap behoren in de verdeling betrokken worden. Voor schulden ten aanzien waarvan niet duidelijk is op welke verkrijgende rechtspersoon die overgaan, bepaalt artikel 2:334s lid 4 BW dat de verkrijgende rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn. Hierdoor wordt de splitsende rechtspersoon van de schuld verlost.⁹¹

De aansprakelijkheid voor schulden op basis van artikel 2:334s lid 4 BW is voor de rechtspersoon op welke de schuld niet is overgegaan niet beperkt tot de waarde van het vermogen dat hij bij de splitsing heeft verkregen of heeft behouden. Op basis van artikel 3 lid 3 sub b Zesde richtlijn is dat echter wel mogelijk. De Nederlandse wetgever heeft bewust geen gebruik gemaakt van deze door de Zesde richtlijn geboden mogelijkheid, omdat het onjuist zou zijn een aansprakelijkheidsplafond op te nemen dat met zich zou brengen dat schuldeisers met een vordering boven dat plafond zich tot verscheidene rechtspersonen zouden moeten wenden om volledige voldoening van hun vordering te krijgen.⁹² Verbrugh acht dat logisch: de schuldeisers zijn immers niet bij de totstandkoming van de splitsing betrokken.⁹³ Koster vindt de hoofdelijke verbondenheid als sanctie op de onduidelijke beschrijving in het voorstel tot splitsing erg zwaar en meent dat de voorkeur moet worden gegeven aan de belangen van de verkrijgende rechtspersonen.⁹⁴

Ten slotte zij nog opgemerkt dat de hoofdelijke aansprakelijkheid op basis van artikel 2:334s lid 4 BW geenszins invloed heeft op de draagplicht van de vennootschappen onderling. Tussen de vennootschappen onderling geldt artikel 2:334s lid 2 BW onverkort.

90 Buijn 1996, p. 93, 94.

91 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 11 en Raaijmakers en Van der Sangen 2003, art. 322, aant. 2.

92 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 18.

93 Verbrugh 2007, p. 265.

94 Koster 2009, p. 378.

3.6.4.6 Aansprakelijkheden

Door de splitsing gaan overeenkomsten, waarbij de splitsende rechtspersoon tot de splitsing partij was, over op een verkrijgende rechtspersoon of meerdere verkrijgende rechtspersonen. Het kan voorkomen dat de verkrijgende rechtspersonen minder kapitaalkrachtig zijn dan de gesplitste rechtspersoon en dat dientengevolge de verhaalspositie van de wederpartij bij die overeenkomst verslechtert. Ook voor de wederpartijen bij overeenkomsten die niet overgaan op een verkrijgende rechtspersoon en waarbij de gesplitste rechtspersoon partij blijft, kan een splitsing een verslechtering opleveren van de verhaalspositie van crediteuren vanwege de vermogensovergang.

De Zesde richtlijn bevat in artikel 12 lid 3 een bepaling over de aansprakelijkheid voor verbintenissen die overeenkomstig het voorstel tot splitsing zijn overgegaan. Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 2:334t BW.

De hoofdregel van artikel 2:334t BW is dat de verkrijgende rechtspersoon en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon aansprakelijk zijn tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing, ongeacht of de overeenkomst is overgegaan op een verkrijgende rechtspersoon. De bepalingen betreffende hoofdelijke verbondenheid zijn van overeenkomstige toepassing (artikel 2:334t lid 5 BW). Voor ondeelbare verbintenissen zijn de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon elk voor het geheel aansprakelijk (artikel 2:334t lid 2 BW). Voor deelbare verbintenissen is de verkrijgende rechtspersoon, waarop de verbintenis is overgegaan, of de voortbestaande gesplitste rechtspersoon waarbij de verbintenis is gebleven, voor het geheel aansprakelijk. Voor de rechtspersonen waarop de verbintenis niet is overgegaan, is de aansprakelijkheid beperkt tot ten hoogste de waarde van het vermogen dat die rechtspersoon bij de splitsing heeft verkregen of heeft behouden. Daarbij is niet de vermogensbeschrijving zoals die aan het voorstel tot splitsing is gehecht bepalend. Wanneer de vermogensbeschrijving zoals die aan het voorstel tot splitsing is gehecht hiervoor zou worden gebruikt, zou dat tot benadeling van derden kunnen leiden.⁹⁵ Het oordeel van de rechter is bepalend wat betreft het vermogen dat is overgegaan of is behouden.⁹⁶ Niettemin kan de rechter zich wel baseren op de vermogensbeschrijving.

Verbrugh ziet een samenloop van artikel 2:334t BW met artikel 2:334s lid 4 BW.⁹⁷ Door de hoofdelijke verbondenheid op basis van artikel 2:334s lid 4 BW komt volgens hem aan artikel 2:334t BW geen betekenis meer toe in het geval van zuivere splitsing.⁹⁸ De verkrijgende rechtspersonen zijn dan immers op basis van artikel 2:334s lid 2 BW gezamenlijk schuldenaar en zijn daarvoor hoofdelijk

⁹⁵ *Kamerstukken I* 1997-1998, 24 702, nr., 52a, p. 2, 3.

⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 18 november 1999, Troll Group/SEP, JOR 1999/254.

⁹⁷ Verbrugh 2007, p. 265.

⁹⁸ In dezelfde zin: Van Leeuwen 1998, p. 76.

verbonden. Het onderscheid tussen de aansprakelijkheid voor deelbare en ondeelbare verbintenissen uit artikel 2:334t lid 2 en lid 3 BW is dan niet meer van belang. Ik betwijfel of deze opvatting juist is en of de categorie ‘aansprakelijkheid tot nakoming van verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon’ als bedoeld in artikel 2:334t BW niet ruimer is dan de ‘aansprakelijkheid voor schulden’ als bedoeld in artikel 2:334s lid 4 BW.

Voor de aansprakelijkheid van zowel deelbare als ondeelbare verbintenissen geldt dat andere rechtspersonen dan de rechtspersonen waarop de verbintenis is overgegaan of de voortbestaande gesplitste rechtspersoon waarbij de verbintenis is achtergebleven, niet tot nakoming gehouden zijn voordat de laatstbedoelde rechtspersonen in zijn nakoming van de verbintenis is tekortgeschoten (artikel 2:334t lid 4 BW). De plicht tot nakoming is derhalve een subsidiaire.

De vraag kan opkomen voor welke verbintenissen artikel 2:334t BW geldt. Volgens lid 1 van artikel 2:334t BW gaat het om verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ‘ten tijde van de splitsing’. Dat betekent dat de aansprakelijkheid geldt voor schulden uit rechtsverhoudingen waarbij de gesplitste rechtspersoon partij was. De schuld zelf hoeft op het moment van het van kracht worden van de splitsing niet te bestaan, wel de onderliggende rechtsverhouding.⁹⁹ Volgens de minister van Justitie geldt de aansprakelijkheid van artikel 2:334t BW ook voor schadevergoedingsverplichtingen die voortvloeien uit artikel 2:334r lid 3 BW. De schadevergoedingsverplichting op basis van artikel 2:334r lid 3 BW ontstaat wanneer een overeenkomst van een partij bij de splitsing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet in stand kan blijven en door de rechter wordt gewijzigd of ontbonden en uit die wijziging of ontbinding schade voortvloeit.

Een andere vraag die aan de orde kan komen, is wat het onderscheid is tussen deelbare en ondeelbare verbintenissen. Buijn heeft dit onderscheid in het Preadvies van de Vereniging Handelsrecht duidelijk uiteengezet.¹⁰⁰ Ter bepaling of een verbintenis deelbaar of ondeelbaar is, is de deelbaarheid van de prestatie bepalend. Ondeelbare prestaties zijn prestaties bij verbintenissen om te geven of te doen of niet te doen. Deelbaar is de prestatie tot het betalen van een geldsom of levering van bepaalde goederen, zoals partijen van goederen, waarvan de aard van het goed zich leent voor een deelbare prestatie. Koster is van mening dat het onderscheid tussen deelbare en ondeelbare verbintenissen moet worden afgeschaft.¹⁰¹ Volgens hem kan de beperking van de aansprakelijkheid tot het bij de splitsing verkregen vermogen voor zowel deelbare als ondeelbare verbintenissen gelden.¹⁰²

Artikel 2:334t BW geldt ook in faillissement. Dat betekent dat bij toepassing van artikel 2:334b lid 7 BW, waarbij een in faillissement of surseance van betaling verkerende rechtspersoon wordt gesplitst en als verkrijgende rechtspersonen één of

99 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 18.

100 Buijn 1996, p. 96, 97.

101 Koster 2009, p. 378, 382.

102 Koster 2009, p. 381.

meerdere in het kader van de splitsing nieuw opgerichte naamloze en/of besloten vennootschappen optreden en waarvan de aandelen worden verkregen door de splitsende rechtspersoon, de verkrijgende vennootschap(en) aansprakelijk kunnen zijn voor schulden van de splitsende rechtspersoon. In artikel 2:334b lid 7 BW is de toepassing van artikel 2:334t BW niet uitgesloten, hetgeen een belemmering kan zijn bij het gebruik van deze mogelijkheid van splitsing in geval van faillissement of surseance van betaling van de splitsende rechtspersoon.¹⁰³ Het buiten toepassing verklaren van artikel 2:334t BW in het geval van splitsing in faillissement of surseance van betaling zou echter kunnen leiden tot een ongelijke behandeling van crediteuren, omdat crediteuren van vorderingen die zijn overgegaan op de nieuw opgerichte besloten of naamloze vennootschap in een gunstiger verhaalspositie kunnen komen te verkeren dan de crediteuren van vorderingen die achterblijven bij de splitsende rechtspersoon.

3.7 Vereisten voor juridische splitsing

Krachtens de Nederlandse splitsingswetgeving mogen ontbonden rechtspersonen geen partij zijn bij een splitsing, tenzij uit hoofde van de vereffening nog geen uitkering is gedaan (artikel 2:334b lid 5 BW). Daarnaast kunnen rechtspersonen slechts betrokken zijn bij een splitsing indien zij niet in faillissement of surseance van betaling verkeren (artikel 2:334b lid 6 BW). Voorts moeten de rechtspersoon die bij de splitsing betrokken zijn dezelfde rechtsvorm hebben (artikel 2:334b lid 1 BW). Deze drie vereisten kunnen worden gezien als 'kwaliteitseisen' waaraan rechtspersonen moeten voldoen, willen zij partij kunnen zijn bij een juridische splitsing. Deze vereisten zullen in de navolgende drie subparagrafen behandeld worden. In paragraaf 3.7.4. zal worden stilgestaan bij de eisen aan het vermogen van de partijen bij de splitsing en in 3.7.5. zal aandacht worden besteed aan de vermeende (buitenwettelijke) eis van structuurwijziging.

3.7.1 De ontbonden rechtspersoon als partij bij een juridische splitsing

De ontbonden rechtspersoon mag geen partij zijn bij een juridische splitsing (artikel 2:334b lid 5 BW). Partij bij de splitsing zijn: de splitsende rechtspersoon en iedere verkrijgende rechtspersoon, met uitzondering van de rechtspersoon of rechtspersonen die bij de splitsing worden opgericht (artikel 2:334a lid 4 BW). Het komt er op neer dat noch de splitsende rechtspersoon, noch de verkrijgende rechtspersoon ontbonden mag zijn op het moment van de splitsing, *tenzij* uit hoofde van de vereffening nog geen uitkering is gedaan. De rechtspersonen die bij de splitsing worden opgericht, kunnen vanzelfsprekend nog niet ontbonden zijn. Van een uitkering aan leden of aandeelhouders van de rechtspersoon die partij is bij de

¹⁰³ Schutte-Veenstra 1996, p. 292, Dortmund 1996, p. 198, Huizink 1998 en Koster 2009, p. 387.

splitsing is sprake als daadwerkelijk aan de leden of aandeelhouders een uitkering wordt gedaan.¹⁰⁴ Tot het moment van een daadwerkelijke uitkering aan de leden of aandeelhouders kan een ontbonden vennootschap partij zijn bij een juridische splitsing.

Deze regeling is opgenomen als implementatie van artikel 2 lid 2 Zesde richtlijn jo. artikel 3 lid 2 Richtlijn 2011/35/EU en artikel 21 lid 2 Zesde richtlijn jo. artikel 4 lid 2 Richtlijn 2011/35/EU. Krachtens die artikelleden in de Zesde richtlijn kunnen lidstaten bepalen dat splitsing ook kan plaatsvinden wanneer één of meer vennootschappen in liquidatie zijn, mits die mogelijkheid wordt beperkt tot vennootschappen die nog geen begin hebben gemaakt met de verdeling van hun vermogen onder de aandeelhouders.

3.7.2 *Niet in faillissement of surseance van betaling*

In artikel 2:334b lid 6 BW is de regel opgenomen dat een rechtspersoon niet partij mag zijn bij een splitsing gedurende faillissement of surseance van betaling. Deze regeling is een implementatie van artikel 1 lid 4 Zesde richtlijn, welke bepaling verwijst naar artikel 1 lid 3 Richtlijn 2011/35/EU. Krachtens die bepaling hoeven lidstaten de bepalingen van splitsing niet toe te passen wanneer de gesplitste rechtspersoon is gewikkeld in een faillissement, akkoord of andere soortgelijke procedure.¹⁰⁵ De Nederlandse wetgever heeft, net als bij de totstandkoming van de fusiewetgeving, gebruik gemaakt van de mogelijkheid de splitsing niet mogelijk te maken voor rechtspersonen die partij zijn bij een splitsing gedurende faillissement of surseance van betaling.

Op de regel dat een rechtspersoon gedurende faillissement of surseance van betaling niet partij mag zijn bij een splitsing, heeft de Nederlandse wetgever echter een belangrijke uitzondering gemaakt. De Nederlandse wetgever had daartoe de mogelijkheid gezien het facultatieve karakter van artikel 1 lid 4 Zesde richtlijn, welke lidstaten immers de mogelijkheid biedt af te zien van toepassing van de Zesde richtlijn voor de gesplitste vennootschap, gedurende haar faillissement, akkoord of soortgelijke procedure.

De Nederlandse wetgever was van mening dat een verbod op splitsing in alle gevallen van faillissement of surseance zou leiden tot een te starre opzet van de wetgeving.¹⁰⁶ De wetgever was van mening dat splitsing juist een bij uitstek geschikt middel is om van een rechtspersoon in financiële moeilijkheden levensvatbare onderdelen af te scheiden, zodat die niet in het faillissement of de surseance zouden worden meegesleurd. Artikel 2:334b lid 7 BW bevat daartoe een uitzondering op de hoofdregel dat een rechtspersoon die partij is bij de splitsing niet in

¹⁰⁴ Buijn 1996, p. 29.

¹⁰⁵ Zie tevens: artikel 2 lid 3 Zesde richtlijn en artikel 1 lid 4 Zesde richtlijn.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 7.

faillissement of surseance van betaling mag zijn. Op dit punt wijkt de splitsingswetgeving belangrijk af van de fusiewetgeving. Bij fusie bestaat geen uitzondering op de regel dat een vennootschap niet mag fuseren gedurende faillissement of surseance van betaling (artikel 2:310 lid 6 BW).

De splitsende rechtspersoon – en dus niet tevens de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen, welke ook partij zijn bij de splitsing – mag in staat van faillissement of surseance van betaling verkeren, mits alle verkrijgende rechtspersonen naamloze of besloten vennootschappen zijn, die bij de splitsing worden opgericht en waarvan de splitsende vennootschap bij de splitsing enig aandeelhouder wordt. De vermogenspositie van de splitsende vennootschap wordt door deze splitsing niet slechter: in plaats van direct de activa en passiva van een bedrijfs onderdeel te houden, worden na de splitsing aandelen gehouden in een naamloze vennootschap of besloten vennootschap. Per saldo blijft de vermogenspositie van de splitsende vennootschap gelijk. De vraag is echter of de door artikel 2:334b lid 7 BW geboden mogelijkheid daadwerkelijk in de praktijk werkt, aangezien artikel 2:334t BW wel ongelimiteerd werkt (zie hierover tevens paragraaf 3.6.4.6.).

Omdat de splitsende rechtspersoon blijft voortbestaan en de splitsende rechtspersoon de aandelen van de bij de splitsing opgerichte naamloze of besloten vennootschap moet verkrijgen, gaat het bij dit soort splitsing om de afsplitsing als bedoeld in artikel 2:334c lid 2 BW jo. 2:334hh lid 1 BW en niet om een zuivere splitsing. De afsplitsing van een levensvatbaar onderdeel van een in staat van faillissement of surseance van betaling verkerende rechtspersoon neemt niet weg dat de aandelen of hetgeen daarvoor in de plaats treedt na eventuele verkoop van die aandelen wel in de failliete boedel kan vallen.

Het bestuur van een rechtspersoon die in staat van faillissement verkeert, zal niet meer functioneren. De wet bepaalt daarom in artikel 2:334b lid 7 BW dat de taken die bij splitsing anders op het bestuur zouden rusten – zoals bijvoorbeeld het opstellen van een voorstel tot splitsing – door de curator worden uitgeoefend. Indien de splitsende rechtspersoon in surseance van betaling verkeert, moet het besluit tot splitsing van het bestuur goedgekeurd worden door de bewindvoerder.

3.7.3 *Dezelfde rechtsvorm*

De Zesde richtlijn ziet alleen op de splitsing van naamloze vennootschappen (artikel 1 lid 1 Zesde richtlijn). Bij de implementatie van de Zesde richtlijn heeft de Nederlandse wetgever splitsing ook mogelijk gemaakt voor andere rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid, namelijk de besloten vennootschap, de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting. Personenvennootschappen kunnen niet partij zijn bij een splitsing.

De Nederlandse wetgever heeft de splitsing slechts mogelijk gemaakt voor rechtspersonen met ‘dezelfde rechtsvorm’. Krachtens artikel 2:334b lid 1 BW moeten de partijen bij de splitsing dezelfde rechtsvorm hebben. De overgang van

aandeelhouderschap en lidmaatschap bij een splitsing zou niet zonder meer kunnen werken, als de rechtsvorm van de verdwijnende en verkrijgende rechtspersonen verschilt.¹⁰⁷ Wanneer bijvoorbeeld een vereniging zou worden gesplitst in twee naamloze vennootschappen of besloten vennootschappen, zouden de leden van de vereniging aandeelhouder worden van de twee naamloze vennootschappen of besloten vennootschappen. De wetgever voorzag kennelijk problemen bij splitsingen waarbij verschillende rechtsvormen betrokken zijn, met name wat betreft de ruil van lidmaatschapsrechten in aandeelhoudersrechten en omgekeerd.

De fusiewetgeving kent een gelijke eis, welke is opgenomen in artikel 2:310 lid 1 BW. Krachtens dat artikellid kunnen rechtspersonen fuseren met rechtspersonen die de zelfde rechtsvorm hebben. Met het taalkundig verschil tussen het gebruik van de term ‘dezelfde’ in de splitsingswetgeving en ‘de zelfde’ in de fusiewetgeving, is geen inhoudelijk verschil beoogd.

Welke rechtsvormen ‘dezelfde’ zijn, is duidelijk. Gelijkwaardigheid of gelijkwaardigheid van rechtsvormen is niet voldoende om te kwalificeren als dezelfde rechtsvorm. Hoewel de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij grote gelijkenissen met elkaar vertonen omdat ze allen een ledenstructuur hebben en verschillende regels betreffende de vereniging van toepassing zijn op de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij (artikel 2:53a BW), kwalificeren ze toch niet als rechtspersonen met dezelfde rechtsvorm. Ook de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap hebben niet dezelfde rechtsvorm. Deze rechtsvormen worden echter als rechtspersonen met dezelfde rechtsvorm aangemerkt (artikel 2:334b lid 3 BW). De wetgeving omtrent de flexibilisering van het BV-recht heeft daar, hoewel het verschil tussen de besloten vennootschap en naamloze vennootschap groter is geworden, geen verandering in gebracht.¹⁰⁸ Indien een rechtspersoon bij een voorgenomen splitsing partij moet zijn en de rechtspersonen verschillen van rechtsvorm, dan zal eerst de procedure van omzetting op de voet van artikel 2:18 BW gevolgd moeten worden voordat gestart wordt met de procedure tot splitsing.

De rechtspersonen die bij de splitsing worden opgericht, zijn geen partij bij de splitsing. Niettemin moeten ook de bij de splitsing opgerichte rechtspersonen – in beginsel – dezelfde rechtsvorm hebben als de rechtspersoon of rechtspersonen die partij zijn bij de splitsing. Om die reden bepaalt artikel 2:334b lid 2 BW dat ook bij de splitsing opgerichte rechtspersoon de rechtsvorm moet hebben van de splitsende rechtspersoon.

Op de regel dat de partijen bij de splitsing en de in het kader van een splitsing nieuw op te richten rechtspersonen dezelfde rechtsvorm moeten hebben, bestaan enkele uitzonderingen. Zoals reeds opgemerkt, worden naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen aangemerkt als rechtspersonen met dezelfde rechtsvorm (artikel 2:334b lid 3 BW). Een naamloze vennootschap kan daarom worden

¹⁰⁷ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 5.

¹⁰⁸ Zie hierover: Zaman 2008, p. 17.

gesplitst en een besloten vennootschap kan optreden als verkrijgende vennootschap, die al dan niet nieuw wordt opgericht in het kader van de splitsing.

De Societas Europaea – afgekort ‘SE’ en ook wel ‘Europese vennootschap’ genoemd – wordt niet vermeld in artikel 2:334b lid 2 en lid 3 BW. Niettemin wordt een SE op grond van artikel 10 SE-Verordening¹⁰⁹ behandeld als een naamloze vennootschap volgens het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel en hoofdbestuur heeft. Een SE met statutaire zetel en hoofdbestuur in Nederland kan derhalve gesplitst worden of optreden als reeds bestaande verkrijgende vennootschap. Of het mogelijk is een SE in het kader van een splitsing nieuw op te richten, hangt af van de interpretatie van de SE-Verordening.¹¹⁰ Een SE kan immers alleen ontstaan op basis van limitatief in de SE-Verordening opgesomde wijzen.

Een andere uitzondering op het principe dat partijen bij een splitsing dezelfde rechtsvorm moeten hebben, betreft de splitsing die zich geheel binnen groepsverband afspeelt. Hiertoe is in artikel 2:334b lid 4 BW bepaald dat bij de splitsing van een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting ook een naamloze of besloten vennootschap kan worden opgericht, mits de splitsende rechtspersoon bij de splitsing alle aandelen daarvan verkrijgt. Gezien de formulering van artikel 2:334b lid 4 BW, gaat het ook in dit geval om de afsplitsing als bedoeld in artikel 2:334c lid 2 BW jo. artikel 2:334hh lid 1 BW en niet om een zuivere splitsing. Deze splitsing kan worden gebruikt als een methode om bepaalde onderdelen van een onderneming af te splitsen in een naamloze vennootschap of besloten vennootschap, zodat bijvoorbeeld dat gedeelte van de onderneming in een later stadium kan worden overgedragen door overdracht van de aandelen van die naamloze vennootschap of besloten vennootschap.

De wet laat het omgekeerde van de in de vorige alinea bedoelde splitsing met verschillende rechtsvormen – die waarbij een naamloze of besloten vennootschap wordt gesplitst en een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij wordt opgericht waarvan de splitsende naamloze of besloten vennootschap het enige lid wordt – niet toe. In de Memorie van toelichting wordt dit beargumenteerd met de stelling dat de oprichting bij zo een splitsing in strijd zou zijn met de eis dat verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen bij meezijdige rechtshandeling moeten worden opgericht.¹¹¹

3.7.4 Vermogensvereisten

De juridische splitsing kan alleen gebruikt worden indien voldaan is aan bepaalde vermogensvereisten. Deze vermogensvereisten worden gesteld aan het vermogen dat overgaat op elke verkrijgende vennootschap en aan het vermogen dat de

109 Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), PB L 294 van 10.11.2001, p. 1 – 21

110 Zie hierover: Roelofs 2010-III, p. 144 – 147. In dezelfde zin: Van Veen 2012-II, p. 62.

111 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 6.

splitsende vennootschap behoudt – in geval van afsplitsing – en zijn opgenomen in artikel 2:334d BW en artikel 2:334w BW. Artikel 2:334d BW ziet op rechtspersonen, niet zijnde besloten vennootschappen en naamloze vennootschappen, artikel 2:334w BW ziet alleen op besloten vennootschappen en naamloze vennootschappen.

Op basis van artikel 2:334d BW moet het deel van het vermogen van de splitsende rechtspersoon dat iedere verkrijgende rechtspersoon verkrijgt ten minste nul zijn. Het vermogen dat de verkrijgende rechtspersoon verkrijgt, mag niet negatief zijn. Het gedeelte van het vermogen dat de splitsende rechtspersoon behoudt, mag eveneens niet negatief zijn of worden ten gevolge van de splitsing. De waarde van de aandelen die de splitsende rechtspersoon in het kader van de splitsing verkrijgt, zoals het geval is bij de splitsing waarbij een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt opgericht en waarbij de splitsende rechtspersoon alle aandelen in die naamloze vennootschap of besloten vennootschap verkrijgt (de splitsing in de zin van artikel 2:334a BW jo. artikel 2:334hh lid 1 BW), worden bij de waarde van het te behouden vermogen van de splitsende rechtspersoon opgeteld. De bepaling dat het door de splitsende vennootschap te behouden vermogen ten minste nul moet zijn, kan in de weg staan aan een splitsing in geval van faillissement, hetgeen mogelijk is op basis van artikel 2:334b lid 7 BW. Om die reden is in artikel 2:334b lid 7 BW bepaald dat artikel 2:334d BW niet van toepassing is bij splitsing in geval van faillissement en alle verkrijgende rechtspersonen naamloze vennootschappen en/of besloten vennootschappen zijn en de splitsende rechtspersoon daarvan bij de splitsing enig aandeelhouder wordt. De vermogensvereisten die krachtens artikel 2:334d tweede zin BW worden gesteld aan de splitsende rechtspersoon zijn eveneens niet van toepassing in geval van surseance van betaling.

De regeling van artikel 2:334d BW gaat echter niet ver genoeg indien de verkrijgende vennootschap een naamloze vennootschap of besloten vennootschap is. De wetgever was van mening dat de regels van artikel 2:334d BW in dat geval te soepel zijn en dat daarmee strijd zou kunnen ontstaan met voorschriften van kapitaalbescherming.¹¹² Artikel 2:334w BW, opgenomen in Afdeling 2.7.5. BW, welke afdeling specifiek ziet op de splitsing waarbij een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt opgericht of wordt gesplitst, bepaalt daarom dat, in geval van afsplitsing, de waarde van het deel van het vermogen dat de splitsende vennootschap behoudt, vermeerderd met de waarde van aandelen in het kapitaal van verkrijgende vennootschappen die zij bij de splitsing verkrijgt, ten minste overeen moet komen met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de reserves die de vennootschap onmiddellijk na de splitsing krachtens de wet of de statuten moet aanhouden. Het is niet mogelijk dat de splitsende vennootschap tegelijk met de splitsing het kapitaal vermindert. Indien kapitaalvermindering gewenst is, zal daarvoor de ‘gewone’ weg van artikel 2:99 BW / artikel 2:208

¹¹² *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 20.

BW moeten worden gevolgd. Artikel 2:334w BW is, net als artikel 2:334d BW, niet van toepassing bij splitsing in geval van faillissement en surseance van betaling. Uiteraard moet, indien een naamloze vennootschap wordt opgericht in het kader van een splitsing voldoen aan de eisen van minimumkapitaal op basis van artikel 2:67 BW. Volgens de wetgever is de taak toe te zien op het naleven van de vermogensvereisten een taak van het bestuur.¹¹³ Volgens de wetgever heeft de notaris hier geen taak.

3.7.5 Structuurwijziging

In de Memorie van toelichting bij de splitsingswetgeving is door de minister van Justitie opgemerkt dat juridische splitsing niet een eenvoudig middel is dat rechtspersonen naar eigen keuze kunnen gebruiken om vermogen over te dragen als alternatief voor overdracht van vermogensbestanddelen onder bijzondere titel. Volgens de minister van Justitie is kenmerkend voor de splitsing, zowel voor zuivere splitsing als voor afsplitsing, dat de overgang van vermogen gepaard gaat met een ‘wijziging in de structuur waarvan de vennootschap deel uitmaakt’.¹¹⁴ Splitsingen waarbij elke structuurwijziging achterwege blijft, waren in de opzet van het (toenmalige) wetsvoorstel niet mogelijk volgens de minister van Justitie. Deze vermeende eis van ‘structuurwijziging’ is niet gebaseerd op de Zesde richtlijn.

In de parlementaire documenten die volgden op de Memorie van toelichting en de literatuur die is verschenen naar aanleiding daarvan is veelvuldig de vraag gesteld wat de strekking is van de frase: ‘de wijziging in de structuur waarvan de vennootschap deel uitmaakt’ en welke betekenis deze passage in de Memorie van toelichting heeft.¹¹⁵

De minister heeft – zonder één sluitende, limitatieve uitleg te geven van het begrip ‘structuurwijziging’ – aangegeven dat de structuurwijziging doorgaans zal zijn dat de leden of aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon lid of aandeelhouder worden van één of meer verkrijgende rechtspersonen of dat bij de splitsing een nieuwe rechtspersoon wordt opgericht.¹¹⁶

De minister verduidelijkte in de Memorie van toelichting de wijziging in de structuur bij een zuivere splitsing en een afsplitsing. Bij een zuivere splitsing is slechts sprake van een structuurwijziging indien er ten minste twee verkrijgende vennootschappen zijn. Volgens de minister zou, indien het gehele vermogen zou overgaan op één verkrijgende vennootschap, er niet veel meer gebeuren dan een substitutie van de ene vennootschap door de andere vennootschap. Van een structuurwijziging is in dat geval geen sprake. Moeilijk valt in te zien hoe geen sprake zou kunnen zijn van een structuurwijziging bij een zuivere splitsing, indien

113 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 7.

114 *Kamerstukken II*, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 5.

115 Zie bijvoorbeeld: Buijn 1996, p. 19.

116 *Kamerstukken II*, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 5.

de redenering van de minister wordt gevolgd. Bij een zuivere splitsing zijn er immers altijd twee verkrijgende vennootschappen. Dit volgt uit de definitie van de zuivere splitsing, zoals gegeven in artikel 2:334a lid 2 BW. Omdat er bij een zuivere splitsing altijd twee verkrijgende vennootschappen zijn, is er, de visie van de minister volgend, dan ook altijd sprake van een wijziging in de structuur waar de vennootschap deel van uitmaakt.

De minister motiveert in de Memorie van toelichting tevens wanneer er in haar visie bij een afsplitsing sprake is van een wijziging in de structuur waar de vennootschap deel van uitmaakt. Bij een afsplitsing is sprake van een structuurwijziging indien één verkrijgende vennootschap aandelen toekent aan de aandeelhouder (s) van de afsplitsende vennootschap of de verkrijgende vennootschap door de afsplitsende vennootschap wordt opgericht. Bij de oprichting wordt de afsplitsende vennootschap aandeelhouder van de bij de afsplitsing opgerichte vennootschap. In deze oprichting zou de wijziging van de structuur waar de vennootschap deel van uitmaakt moeten zijn begrepen.

Bij een afsplitsing van een bestaande moedervennootschap naar een bestaande dochtervennootschap zou er, althans in de visie van de minister, zo is af te leiden uit de Memorie van toelichting, eveneens sprake zijn van een wijziging in de structuur waar de vennootschap deel van uitmaakt. De verkrijgende bestaande dochtervennootschap kent in dat geval aandelen toe aan de aandeelhouder van de afsplitsende vennootschap, in dit geval de aandeelhouder van de afsplitsende moedervennootschap. In deze toekenning van aandelen zou een wijziging in de structuur waar de vennootschap deel van uitmaakt moeten zijn gelegen. Daarentegen is de minister in de Memorie van toelichting van mening dat afsplitsing van vermogen door een bestaande volle dochtermaatschappij naar haar moedermaatschappij onmogelijk is. De minister motiveert dit niet nader, maar uit de context van de Memorie van toelichting is af te leiden dat bij de afsplitsing van vermogen door een bestaande volle dochtermaatschappij naar haar moedermaatschappij volgens de hoofdregel van artikel 2:334e lid 1 BW de moedermaatschappij als verkrijgende vennootschap aandelen aan zichzelf zou moeten toekennen als aandeelhouder van de dochtermaatschappij. Artikel 2:334e lid 2 BW verhindert dat echter. Krachtens dat artikellid worden geen aandelen in het kapitaal van een verkrijgende vennootschap verkregen in ruil voor aandelen in het kapitaal van een splitsende vennootschap die door of voor rekening van die verkrijgende vennootschap worden gehouden.

De vraag is of de opvatting van de minister dat een splitsing van een dochtervennootschap op haar moedervennootschap niet mogelijk is naar de huidige stand van de wetgeving nog juist is. Met het van kracht worden van Richtlijn 2009/109/EG is artikel 20 Zesde richtlijn gewijzigd in die zin dat lidstaten niet mogen verlangen dat de splitsing door de algemene vergadering van de gesplitste vennootschap wordt goedgekeurd indien de verkrijgende vennootschappen in het bezit zijn van alle aandelen van de gesplitste vennootschap en alle andere effecten waaraan stemrechten in de algemene vergadering van de gesplitste vennootschap zijn verbonden. In de Nederlandse wetgeving is deze bepaling geïmplementeerd in

artikel 2:334ff lid 4 BW, dat bepaalt dat indien de verkrijgende vennootschappen alle aandelen houden in de splitsende vennootschap, de splitsende vennootschap bij bestuursbesluit kan besluiten, tenzij de statuten anders bepalen. Op basis van deze bepaling lijkt een splitsing van een dochtervennootschap op de moedervennootschap(en) zonder meer mogelijk. Ook de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie zag in het nieuwe artikel 2:334ff lid 4 BW een bevestiging dat afsplitsingen waarbij geen aandelen worden toegekend en ook anderszins niet sprake is van een structuurwijziging, mogelijk zijn.¹¹⁷ Van Veen ziet dit echter anders en constateert een spanningsveld tussen artikel 2:334ff lid 4 BW en artikel 2:334e lid 2 BW. Hij is van mening dat artikel 2:334e lid 2 BW – dat bepaalt dat voor aandelen in het kapitaal van de splitsende vennootschap die worden gehouden door de verkrijgende vennootschap, geen aandelen worden toegekend in het kapitaal van de verkrijgende vennootschap – in de weg staat aan toepassing van artikel 2:334ff lid 4 BW bij de afsplitsing naar een 100% moedervennootschap.¹¹⁸

In het Preadvies van de Vereniging Handelsrecht is de eis van structuurwijziging bij splitsing uitgebreid aan bod gekomen. In het preadvies is ook duidelijk geworden dat de eis van structuurwijziging nogal wat vragen oproept.¹¹⁹ Dit is ook nog eens naar voren gekomen tijdens de behandeling van het preadvies tijdens de Vergadering van de Vereniging Handelsrecht op 27 september 1996.¹²⁰

Naar aanleiding van de gerezen onduidelijkheden heeft de minister van Justitie in de Nota naar aanleiding van het verslag duidelijk gemaakt dat de eis van ‘structuurwijziging’ geen additioneel buitenwettelijk vereiste is. De minister licht dit als volgt toe:

‘Ik merk op dat voor de vraag of er sprake is van een splitsing de definitie in artikel 334a beslissend is. Het begrip structuurwijziging is uitsluitend in de toelichting geïntroduceerd om te verduidelijken wat de achtergrond is van de eisen die in de definitie met zoveel woorden aan een splitsing worden gesteld (uitreiking van aandelen of lidmaatschapsrechten of oprichting van een nieuwe vennootschap).’¹²¹

117 Advies inzake wetsvoorstel 32458, wijziging van Boek 2 BW ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG betreffende verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie van 6 oktober 2010.

118 Van Veen, ‘GS Rechtspersonen’, art. 2:334ff BW, aant. 3.

119 Buijn 1996, p. 19.

120 *Verslag van de Vergaderingen van de Vereniging Handelsrecht van 27 september 1996 over Splitsing van rechtspersonen naar aanleiding van de preadviezen van Mr F.K. Buijn, Mr R. Nieuwdorp Mr drs. P.H.M. Simonis & 19 oktober 1996 over Het wetsontwerp Economische Mededinging naar aanleiding van de preadviezen van Mr M.B.W. Biesheuvel, Prof. mr M.R. Mok, Prof. mr H.G. Sevenster*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 3, p. 9 – 12, p. 19 – 20.

121 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 5.

Een wijziging van de structuur waar de vennootschap deel van uitmaakt, is dus geen additioneel buitenwettelijk vereiste voor splitsing. Waar de structuurwijziging direct opgesloten ligt in de wettelijke definities van splitsing in de zin van Titel 2.7 BW, zal er altijd sprake zijn van een structuurwijziging bij een geldige splitsing, niet omdat er dan voldaan is aan een additioneel buitenwettelijk vereiste, maar omdat is voldaan aan de in de wet neergelegde definitie van splitsing.¹²²

3.8 Mogelijke splitsingsvormen

Titel 2.7 BW geeft regels voor een aantal splitsingsvormen. De twee hoofdvormen van splitsing in het Nederlandse recht zijn zuivere splitsing en afsplitsing. Op deze hoofdvormen bestaan enkele varianten, zoals de hybride splitsing, de driehoeks-splitsing, de ruzijsplitsing, de moeder-dochter splitsing en de evenredige splitsing.

3.8.1 Zuivere splitsing

In artikel 2:334a lid 2 BW is de zuivere splitsing gedefinieerd. Zuivere splitsing is de rechtshandeling waarbij het vermogen van een rechtspersoon die bij de splitsing ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen door twee of meer andere rechtspersonen. Hieruit volgt dat er bij een zuivere splitsing ten minste twee verkrijgende rechtspersoon zijn en dat de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan, hetgeen nog eens wordt bevestigd in artikel 2:334c lid 1 BW. De verkrijgende rechtspersonen kunnen reeds bestaan of worden in het kader van de splitsing nieuw opgericht (artikel 2:334c lid 2 BW).

3.8.2 Afsplitsing

De Nederlandse wetgever heeft gebruik gemaakt van de door de Europese wetgever geboden mogelijkheid om een regeling op te nemen voor splitsing waarbij de splitsende rechtspersoon niet in het kader van de splitsing verdwijnt: de afsplitsing. De definitie van afsplitsing is opgenomen in artikel 2:334a lid 3 BW. Afsplitsing is de rechtshandeling waarbij het vermogen of een deel daarvan van een rechtspersoon die bij de splitsing niet ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen door één of meer andere rechtspersonen waarvan ten minste één aandelen of lidmaatschapsrechten toekent aan de aandeelhouders of de leden van de splitsende rechtspersoon of waarvan minste één bij de splitsing door de splitsende rechtspersoon wordt opgericht.

¹²² Zie tevens: Koster 2009, p. 307, 318, Schoonbrood en Van Olfen 2011-I, p. 106, 109 en Zaman, Van Eck en Roelofs 2011, p. 875.

3.8.3 Hybride splitsing

De hybride splitsing is een bijzondere vorm van afsplitsing. Bij de hybride splitsing gaat het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon over op één of meerdere verkrijgende vennootschappen, die bij de splitsing worden opgericht. De splitsende rechtspersoon wordt daarbij enig aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap. Volgens de hoofdregel houdt de splitsende rechtspersoon door het van kracht worden van de splitsing waarbij het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon overgaat op te bestaan (artikel 2:334c lid 1 BW). Dat is echter anders bij een hybride splitsing, wanneer een verkrijgende vennootschap in de vorm van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt opgericht en de splitsende rechtspersoon daarvan alle aandelen verkrijgt (artikel 2:334c lid 2 jo. 2:334hh lid 1 BW). De minister merkt in de Memorie van toelichting op dat de hybride splitsing is begrepen in de definitie van afsplitsing.¹²³

De hybride splitsing kan gebruikt worden om afzonderlijke bedrijfsonderdelen onder te brengen in afzonderlijke dochtervennootschappen. De hybride splitsing is in dit geval een goed alternatief voor een 'uitzakoperatie', waarbij een nieuwe dochtervennootschap wordt opgericht en vervolgens de aandelen in natura worden volgestort. De hybride splitsing heeft in dit geval als voordeel dat de activa en passiva onder algemene titel overgaan op de verkrijgende vennootschap of vennootschappen en niet onder bijzondere titel hoeven worden ingebracht.¹²⁴

3.8.4 Driehoekssplitsing

Volgens de hoofdregel van artikel 2:334e lid 1 BW worden de leden of aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon lid of aandeelhouder van alle verkrijgende rechtspersonen. Hiermee komt tevens het ruil karakter van de splitsing naar voren: door de splitsing gaan activa en passiva van de gesplitste rechtspersoon over op de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen, maar in ruil daarvoor worden de leden of aandeelhouders lid of aandeelhouder van iedere verkrijgende rechtspersoon. Een uitzondering op deze hoofdregel vormt artikel 2:334ii BW. In dat artikel is de driehoekssplitsing geregeld.

De driehoekssplitsing is de splitsing waarbij niet de verkrijgende vennootschap aandelen toekent aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap, maar een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap (artikel 2:334ii lid 1 BW). De driehoekssplitsing heeft haar basis niet direct in de Zesde richtlijn, maar is op eigen initiatief van de Nederlandse wetgever opgenomen in de Nederlandse splitsingswetgeving. De Nederlandse wetgever achtte het opnemen van de driehoekssplitsing opportuun, omdat op die manier het vermogen van de splitsende vennootschap rechtstreeks kan overgaan op een dochtermaatschappij van het verkrijgende concern,

¹²³ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 4.

¹²⁴ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 114.

zonder dat een omweg moet worden gemaakt langs de moedermaatschappij waarin de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder moeten worden.¹²⁵ Met gebruikmaking van de driehoekssplitsing kan derhalve een extra handeling, namelijk de afsplitsing van vermogensbestanddelen van de moedermaatschappij naar de dochtermaatschappij, hetzij door overdracht van de afzonderlijke vermogensbestanddelen onder bijzondere titel, hetzij via een afzonderlijke afsplitsing, achterwege blijven. Met gebruikmaking van de driehoekssplitsing kan ook de aandeelhoudersrelatie tussen de verkrijgende dochtermaatschappij en de groepsmaatschappij die aandelen toekent aan de aandeelhouder(s) van de splitsende vennootschap in stand blijven. Op die manier kan de moedermaatschappij enig aandeelhouder van die dochtermaatschappij blijven en kunnen bijvoorbeeld ook na de splitsing de jaarrekeningen van de vennootschappen geconsolideerd blijven op basis van artikel 2:403 BW en kunnen besluiten in een algemene vergadering van aandeelhouders geldig genomen worden zonder dat aan de vereisten voor de oproeping van de algemene vergadering van aandeelhouders op basis van artikel 2:115/225 BW is voldaan. Tevens kan de eventueel bestaande fiscale eenheid, waarvan de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij deel uitmaken, intact blijven.

De vereisten 'groepsmaatschappij' en 'kapitaalverschaffing'

De driehoekssplitsing is slechts mogelijk indien de groepsmaatschappij – die de aandelen toekent – alleen of samen met een andere groepsmaatschappij het gehele geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschafft (artikel 2:334ii lid 2 BW). Er is sprake van cumulatieve vereisten: de maatschappij die aandelen toekent moet een groepsmaatschappij zijn van de verkrijgende vennootschap en moet, al dan niet met een andere groepsmaatschappij, het gehele geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaffen.

Het begrip 'groepsmaatschappij' moet, bij gebrek aan een definitie in artikel 2:334ii BW of Titel 2.7 BW, worden geïnterpreteerd in de zin van artikel 2:24b BW. In dat artikel worden 'groepsmaatschappijen' gedefinieerd als 'rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden'. Een 'groep' is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Het begrip 'economische eenheid' is opgenomen met het oog op de verslaggeving in een geconsolideerde jaarrekening en niet primair met het oog op de driehoekssplitsing.

Het begrip 'organisatorische verbondenheid' houdt in dat er juridisch-organisatorische banden tussen vennootschappen bestaan, zoals directe of indirecte meerderheidsdeelnemingen. Er moet sprake zijn van een centrale leiding 'van bovenaf'. Dit is bijvoorbeeld het geval indien deelnemingen worden gehouden door één moedermaatschappij. Het is evengoed denkbaar dat er sprake is van een centrale leiding, zonder dat er sprake is van één moedermaatschappij.

¹²⁵ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 24.

In Asser/Maeijer, Van Solinge en Nieuwe Weme is bijvoorbeeld opgemerkt dat de centrale leiding niet hoeft te worden uitgeoefend vanuit één dominerende rechtspersoon of moedermaatschappij, maar ook kan geschieden uit een meervoudige top op basis van nevenschikking.¹²⁶ Er kan niet alleen sprake zijn van een centrale leiding, enkel en alleen door het aandelenbezit en de daaraan gekoppelde stemrechten in de algemene vergadering van aandeelhouders, maar ook indien door middel van overeenkomsten of statutaire bepalingen een doorslaggevende macht bestaat in de algemene vergadering van aandeelhouders waardoor sprake is van een centrale leiding in een vennootschap.

Het tweede – cumulatieve – vereiste waaraan moet zijn voldaan, is dat de groepsmaatschappij alleen of samen met een andere groepsmaatschappij het gehele geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft. Het is volstrekt duidelijk dat aan dit vereiste is voldaan indien een groepsmaatschappij ‘alleen’ het geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft. In de literatuur is de vraag gesteld wat moet worden verstaan onder de zinsnede ‘samen met een andere groepsmaatschappij’. Moet dit vereiste zo uitgelegd worden dat de driehoekssplitsing alleen mag worden toegepast als de groepsmaatschappij die aandelen toekent aan de aandeelhouder van de splitsende vennootschap samen met ten hoogste één andere groepsmaatschappij het geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft, of mogen ook meerdere groepsmaatschappijen het kapitaal verschaffen? Naar de letter van artikel 2:334ii lid 2 BW kan de driehoekssplitsing alleen toegepast worden als de groepsmaatschappij hoogstens samen met één andere groepsmaatschappij het geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft.¹²⁷ Mogelijkheden tot toepassing van de driehoekssplitsing in geval meer dan twee groepsmaatschappijen het gehele geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaffen, zijn er niet.

In de literatuur is ook de vraag opgekomen of de groepsmaatschappij – al dan niet tezamen met een andere groepsmaatschappij – die het geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft, ook middellijk, namelijk door middel van een

126 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/817.

127 Koster lijkt deze mening toegedaan te zijn, maar is van mening dat het een welkome aanvulling zou zijn indien het mogelijk is dat de groepsmaatschappij die aandelen toekent tezamen met verscheidene andere groepsmaatschappijen het gehele geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft (Koster 2009, p. 319). Hij is van mening dat het vereiste dat de groepsmaatschappij die aandelen toekent zelf minimaal één aandeel in de verkrijgende vennootschap moet houden, versoepeld kan worden. Naar zijn mening zou het ook toegestaan moeten worden dat de groepsmaatschappij die aandelen toekent alleen indirect, bijvoorbeeld via een volle dochtermaatschappij, één of meer aandelen houdt in de verkrijgende vennootschap (Koster 2009, p. 320). Storm heeft dit eerder ook opgemerkt tijdens de vergadering van de Vereniging Handelsrecht. Zie hiervoor: *Verslag van de Vergaderingen van de Vereniging Handelsrecht van 27 september 1996 over Splitsing van rechtspersonen naar aanleiding van de preadviezen van Mr F.K. Buijn, Mr R. Nieuwdorp Mr drs. P.H.M. Simonis & 19 oktober 1996 over Het wetsontwerp Economische Mededinging naar aanleiding van de preadviezen van Mr M.B.W. Biesheuvel, Prof. mr M.R. Mok, Prof. mr H.G. Sevenster*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 38.

dochtermaatschappij, het gehele geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap kan verschaffen bij een driehoekssplitsing. Indien een groepsmaatschappij, welke aandelen toekent aan de aandeelhouder van de splitsende vennootschap, het gehele kapitaal verschaft door middel van een dochtermaatschappij, is naar de letter van de wet geen sprake van een groepsmaatschappij die het gehele geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft. Er is dan niet voldaan aan het vereiste van artikel 2:334ii lid 2 BW.¹²⁸

Van Olfen, Buijn, en Simonis zijn van mening dat de driehoekssplitsing niet kan worden gebruikt voor de situatie waarin een kleindochtermaatschappij van de groepsmaatschappij als verkrijgende vennootschap optreedt.¹²⁹ Toepassing van de driehoekssplitsing waarbij de groepsmaatschappij middellijk het geplaatste kapitaal verschaft, achten zij niet mogelijk. Koster is in zijn proefschrift eveneens de mening toegedaan dat een interpretatie van artikel 2:334ii BW, inhoudende dat ook de groepsmaatschappij die middellijk het geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft, aandelen kan toekennen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap, niet juist is. Ook Zaman, Van Eck en ikzelf zijn die mening toegedaan.

Leemrijse is een andere mening toegedaan.¹³⁰ Zij erkent weliswaar dat de wettekst weinig ruimte biedt voor toepassing van de driehoekssplitsing wanneer de (beoogde) toekennende groepsmaatschappij middellijk het kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft, maar zij interpreteert artikel 2:334ii lid 2 BW indachtig de wijzigingen die zijn aangebracht in het toenmalige artikel 2:334 BW, het huidige artikel 2:333a BW,¹³¹ waarin de driehoeksfusie is geregeld. Volgens de oude tekst van artikel 2:334 BW kon de driehoeksfusie gebruikt worden indien de groepsmaatschappij voor eigen rekening, *rechtstreeks* of *middellijk*, al dan niet tezamen met een andere groepsmaatschappij, alle aandelen van de verkrijgende vennootschap hield. Leemrijse constateert terecht dat in 1987 bij de uitbreiding van de fusieregeling voor verenigingen en stichtingen de woorden 'rechtstreeks of middellijk' zijn vervangen door 'het samen met een groepsmaatschappij verschaffen van het kapitaal'.¹³² Uit de Memorie van antwoord zou af te leiden zijn dat een inhoudelijke wijziging niet beoogd is.¹³³ Leemrijse concludeert op basis hiervan dat ook de driehoekssplitsing kan worden gebruikt indien de groepsmaatschappij

128 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 124.

129 Van Olfen, Buijn en Simonis 2004, p. 62.

130 Leemrijse 2003, p. 182-185.

131 Bij de inwerkingtreding van de wetgeving omtrent grensoverschrijdende fusie (Afdeling 2.7.3A BW) is artikel 2:334 BW omgenummerd tot artikel 2:333a BW, zie: *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929, nr. 2 (Voorstel van wet), p. 1, Stb 2008, 260, 261 en Wet van 27 juni 2008 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L 310), Stb 2008, 260.

132 *Kamerstukken II*, 1985-1986, 18 285, nr. 2 (Voorstel van wet).

133 *Kamerstukken II*, 1985-1986, 18 285, nr. 6 (Memorie van antwoord), p. 13.

middellijk, i.e. door middel van een dochtermaatschappij, het geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft.¹³⁴

Het is naar mijn mening niet geheel juist deze redenering te volgen. De tekst van artikel 2:334ii lid 2 BW is sinds de invoering van de splitsingswetgeving nooit gewijzigd en heeft dus ook nooit dezelfde bewoordingen gehad als het toenmalige artikel 2:334 lid 2 BW voor de driehoeksfusie. Hoe wenselijk het ook is dat de driehoekssplitsing gebruikt kan worden indien de groepsmaatschappij middellijk het geplaatste kapitaal verschaft van de verkrijgende vennootschap, de wet biedt daar in de huidige vorm geen mogelijkheid toe.

In de eerste versie van het wetsvoorstel voor artikel 2:334ii BW was in lid 4 bepaald dat de driehoekssplitsing niet kon worden toegepast ten aanzien van een verkrijgende vennootschap die een groepsmaatschappij van de splitsende vennootschap is.¹³⁵ In dat geval zou het in de visie van de wetgever denkbaar zijn dat de moedermaatschappij als groepsmaatschappij van de splitsende vennootschap aandelen moet toekennen aan haar aandeelhouders – de aandeelhouders van de moedermaatschappij. De minister achtte een dergelijke driehoekssplitsing niet wenselijk en lichtte toe dat bij een dergelijke driehoekssplitsing, die zich geheel binnen hetzelfde concern afspeelt, de aandeelhouders door de splitsing in genedele worden geraakt. Voor een dergelijke toekenning achtte de minister de splitsingsregeling niet bedoeld.¹³⁶

Bij de SGP-fractie zijn naar aanleiding van deze enigszins cryptische uitleg van de minister in de Memorie van toelichting vragen gerezen.¹³⁷ De SGP-fractie stelde dat er nooit sprake is van uitreiking van aandelen aan anderen dan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap. De fractie vroeg zich dan ook af hoe hier sprake kan zijn van uitreiking van aandelen aan de aandeelhouders van de moedermaatschappij. De leden van de SGP-fractie zagen niet in waarom de moedermaatschappij van een groepsmaatschappij van de splitsende vennootschap geen aandelen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap zou mogen toekennen.

In de Nota naar aanleiding van het verslag¹³⁸ kwam de minister terug op de opmerkingen zoals die waren gemaakt door de SGP-fractie. De minister gaf toe dat er bij de driehoekssplitsing binnen concern geen sprake kan zijn van het toekennen van aandelen aan de aandeelhouders van de groepsmaatschappij en dat lid 4 van artikel 2:334ii BW derhalve overbodig was en kon komen te vervallen.

In de literatuur is voorts de vraag aan de orde gekomen of de driehoekssplitsing ook binnen een concern zou kunnen plaatsvinden indien een dochtervennootschap

134 Leemrijse 2003, p. 185.

135 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 1-2 (Voorstel van wet), p. 13.

136 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 24.

137 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 5 (Verslag), p. 10.

138 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 15.

vermogen afsplitst naar een kleindochtervennootschap en waarbij de dochtervennootschap als groepsmaatschappij van de verkrijgende kleindochtervennootschap aandelen toekent aan de moedervennootschap. De vraag die aan de orde kwam, is of in dit geval de driehoekssplitsing ook gebruikt kan worden. Het antwoord is ja. Het staat immers buiten twijfel dat de afsplitsende vennootschap – de dochtervennootschap – kan kwalificeren als groepsmaatschappij die de aandelen toekent, mits die vennootschap tevens alleen of tezamen met een andere groepsmaatschappij het kapitaal verschafft van de verkrijgende vennootschap – de kleindochtervennootschap.¹³⁹

3.8.5 Ruziesplitsing of aandeelhouderssplitsing

Volgens de hoofdregel van artikel 2 lid 1 en artikel 21 lid 1 Zesde richtlijn en artikel 2:334e lid 1 BW worden de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder van *alle* verkrijgende vennootschappen. Artikel 17 lid sub b Zesde richtlijn staat toe dat de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap aandeelhouder worden van een verkrijgende vennootschap of van de verkrijgende vennootschappen overeenkomstig de in het splitsingsvoorstel vastgestelde toescheiding. Krachtens deze bepaling hebben lidstaten de mogelijkheid de splitsingswetgeving zodanig vorm te geven, dat niet alleen het vermogen van de gesplitste vennootschap wordt gesplitst, maar ook de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap van elkaar worden gescheiden. De Zesde richtlijn biedt de mogelijkheid dat aandeelhouders in een andere verhouding aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap dan zij aandeelhouder waren in de splitsende vennootschap. Nederland heeft van de door de Zesde richtlijn geboden mogelijkheid gebruik gemaakt en in artikel 2:334cc BW de ‘ruziesplitsing’ ingevoerd.

In de Memorie van toelichting is opgemerkt dat artikel 2:334cc BW de mogelijkheid biedt de aandeelhouders uit elkaar te halen wanneer er sprake is van onenigheid tussen groepen aandeelhouders over de met verschillende onderdelen van de vennootschap te volgen koers.¹⁴⁰ In de omvangrijke literatuur die is verschenen naar aanleiding van artikel 2:334cc wordt deze splitsing dan ook wel de ‘ruziesplitsing’ genoemd. Hierbij dient te worden aangetekend dat er in het geheel geen sprake hoeft te zijn van enige vorm van onenigheid tussen aandeelhouders om van deze vorm van splitsing gebruik te maken, onenigheid tussen aandeelhouders is geen vereiste voor toepassing voor deze vorm van splitsing.¹⁴¹ Omdat ruzie tussen aandeelhouders geen wettelijk vereiste is, kiest Koster voor het gebruik van de term ‘aandeelhouderssplitsing’.¹⁴² In het vervolg zal telkens worden

¹³⁹ Zie hierover tevens: Leemrijse 2003, p. 183.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 22.

¹⁴¹ Van Solinge 2000, p. 71.

¹⁴² Koster 2009, p. 301.

gesproken over ‘ruziesplitsing’, omdat in de meeste literatuur die naar aanleiding van artikel 2:334cc BW is verschenen deze term wordt gebruikt.

De ‘ruziesplitsing’ kan gebruikt worden voor de ontvlechting van joint ventures. De joint-venture vennootschap kan worden gesplitst, de aandeelhouders van de joint venture krijgen aandelen toegekend in de verkrijgende vennootschappen. Na de splitsing kunnen vervolgens de verkrijgende vennootschappen worden weggefuseerd in de aandeelhouder, de vroegere joint venturepartner.

Hoewel artikel 17 lid 1 sub b Zesde richtlijn deel uitmaakt van Hoofdstuk I van de Zesde richtlijn, waarin de splitsing door middel van overname is geregeld, is artikel 17 lid 1 sub b ook van toepassing op de splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen op basis van de schakelbepaling van artikel 22 lid 1 Zesde richtlijn en op de splitsing waarbij de gesplitste vennootschap niet ophoudt te bestaan (artikel 25 Zesde richtlijn). Op basis van de Zesde richtlijn is het mogelijk dat de verkrijgende vennootschappen, waarin aandeelhouders van de gesplitste vennootschap aandeelhouder worden overeenkomstig de in het splitsingsvoorstel vastgestelde toescheiding, in het kader van de splitsing nieuw worden opgericht en ook kan deze splitsingsmogelijkheid gebruikt worden in geval van afsplitsing.

De Nederlandse wetgever heeft – zij het ten dele – gebruik gemaakt van deze mogelijkheden van de Zesde richtlijn. In artikel 2:334cc lid 1 BW is de regel opgenomen dat (alleen) in het geval van zuivere splitsing de akte van splitsing kan bepalen dat onderscheiden aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder worden van onderscheiden verkrijgende vennootschappen. De Nederlandse wetgever heeft deze mogelijkheid van ‘ruziesplitsing’ niet opgenomen voor afsplitsing.¹⁴³ Wel is het mogelijk dat de verkrijgende vennootschappen reeds bestaan ten tijde van de splitsing of in het kader van de splitsing nieuw worden opgericht.

De splitsingsmogelijkheid van artikel 2:334cc BW geldt alleen voor zuivere splitsing waarbij onderscheiden aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder worden van onderscheiden verkrijgende vennootschappen. Naar de letter biedt artikel 2:334cc BW niet de mogelijkheid dat de aandeelhouders na de splitsing gezamenlijk aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschappen, maar in een andere verhouding dan zij aandeelhouder waren van de splitsende vennootschap. Indien bijvoorbeeld twee aandeelhouders ieder 50% van de aandelen van de splitsende vennootschap houden, kan de ruziesplitsing niet gebruikt worden om de ene aandeelhouder voor 40% aandeelhouder te laten zijn in een verkrijgende vennootschap en de andere aandeelhouder voor 60%. Dit is ook nog eens bevestigd in de Nota naar aanleiding van het verslag.¹⁴⁴ De minister motiveert dat bij gebruik van de splitsingsmogelijkheid als bedoeld in artikel 2:334cc waarbij de aandeelhouders aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschappen, zij het in een andere verhouding dan bij de splitsende vennootschap het geval was, de patstelling

143 Het eerste ontwerp leek wel de mogelijkheid voor afsplitsing open te laten. Zie hiervoor: *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 1-2 (Voorstel van wet), p. 12 en Buijn 1996, p. 23 en 35.

144 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 13.

tussen de aandeelhouders niet opgeheven wordt en dat de ‘ruzie’, ook al is dat geen wettelijk, noch een buitenwettelijk vereiste voor toepassing van artikel 2:334cc BW, zou kunnen voortduren in de verkrijgende vennootschap. Naar mijn mening is deze visie van de minister niet geheel juist. Wanneer één van de aandeelhouders in de nieuwe vennootschap een meerderheidsbelang krijgt, zal deze aandeelhouder de meeste besluiten in de vennootschap kunnen nemen en daarbij niet of minder gehinderd worden door de andere aandeelhouders, die een minderheidsbelang hebben.

Voorts is het naar mijn mening maar de vraag of de visie van de minister dat ‘onevenredige splitsing’, de splitsing waarbij de aandeelhouders niet ‘uit elkaar’ worden gehaald, maar aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschappen in een andere verhouding dan zij aandeelhouder waren in de splitsende vennootschap, niet mogelijk is, thans nog stand kan houden. Met ingang van 1 juli 2011 is de ‘evenredige splitsing’ als implementatie van artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn opgenomen in artikel 2:334hh lid 2 BW, op basis waarvan bij evenredige splitsing een minder zware procedure hoeft te worden gevolgd (zie tevens paragraaf 3.8.8.). Als de Nederlandse wet alleen maar zou voorzien in evenredige splitsingen en niet in onevenredige splitsingen, vraag ik mij af wat de meerwaarde is van de uitgebreide procedure tot splitsing die is opgenomen in Afdeling 2.7.4. BW en 2.7.5. BW voor de splitsingen die (i) niet evenredig zijn of die (ii) niet een ruziesplitsing zijn. Ik neem daarom aan dat ook krachtens het Nederlandse recht onevenredige splitsingen mogelijk zijn.

3.8.5.1 De vereenvoudigde aandeelhouderssplitsing als variant op de ruziesplitsing

Omdat bij een ruziesplitsing de aandeelhouders van de splitsende vennootschap slechts aandeelhouder worden van onderscheiden verkrijgende vennootschappen en niet van alle verkrijgende vennootschappen, kan de ruziesplitsing worden gebruikt ter beëindiging van een joint venture welke de vorm heeft van een besloten vennootschap of naamloze vennootschap. De gezamenlijke (joint venture) vennootschap kan zuiver worden gesplitst en houdt op te bestaan. Overeenkomstig de in het voorstel tot splitsing opgenomen beschrijving verkrijgen twee of meerdere vennootschappen de activa en passiva van de splitsende vennootschap onder algemene titel en worden de aandeelhouders van de joint venture aandeelhouders van afzonderlijke verkrijgende vennootschappen, zoals is opgenomen in het voorstel tot splitsing. De verkrijgende vennootschappen kunnen in het kader van de splitsing worden opgericht.

Bij de hiervoor besproken vorm van ruziesplitsing gaan de activa en passiva niet direct over naar de aandeelhouders van de splitsende vennootschap, de joint venture partners. Indien dat wel gewenst is, is een opvolgende fusie tussen de verkrijgende vennootschap en de joint venture-partner noodzakelijk. In de literatuur is daarom de vraag aan bod gekomen of de ruziesplitsing gebruikt zou kunnen worden om de

joint venturevennootschap te splitsen en daarbij de aandeelhouders, de jointventurepartners, op te laten treden als verkrijgende vennootschappen. Een opvolgende fusie tussen de joint venturepartner en de verkrijgende vennootschap is dan niet meer noodzakelijk. Op zich staat artikel 2:334cc BW niet in de weg aan deze toepassing van de ruziesplitsing in dit geval. De vraag is echter of en zo ja, aan wie aandelen moeten worden toegekend. Volgens de hoofdregel van artikel 2:334e lid 1 BW worden de aandeelhouders van de splitsende vennootschap door de splitsing aandeelhouder van alle verkrijgende vennootschappen. Deze regel geldt echter niet wanneer ten aanzien van de verkrijgende vennootschappen artikel 2:334cc BW wordt toegepast (artikel 2:334e lid 3 sub b BW). Op basis van deze uitzondering worden de aandeelhouders van de splitsende vennootschap slechts aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap zoals blijkt uit het splitsingsvoorstel (artikel 2:334cc lid 1 sub a BW). Op basis van deze regels zou geconcludeerd kunnen worden dat de joint venturepartner, in hoedanigheid van verkrijgende vennootschap, aandelen zou moeten toekennen aan zichzelf als aandeelhouder van de splitsende vennootschap op basis van artikel 2:334e lid 1 BW, hetgeen niet mogelijk is. Het verbod aandelen aan ‘jezelf’ toe te kennen is een basis van het Nederlandse vennootschapsrecht.¹⁴⁵ Dat principe – ook al zijn deze situaties niet geheel met elkaar te vergelijken – komt ook terug in het verbod eigen aandelen te nemen bij de naamloze vennootschap (artikel 2:95 lid 1 BW) en de onmogelijkheid aandelen te nemen bij de besloten vennootschap (artikel 2:205 BW) en de beperkte mogelijkheden eigen aandelen te verkrijgen (artikel 2:98 BW en artikel 2:207 e.v. BW). Voor juridische splitsing is het verbod tot het toekennen van aandelen in de vennootschap door de vennootschap zelf neergelegd in artikel 2:334e lid 2 BW: ‘Geen aandelen in het kapitaal van een verkrijgende vennootschap worden verkregen voor aandelen in het kapitaal van een splitsende vennootschap die door of voor rekening van die verkrijgende vennootschap of door of voor rekening van de splitsende vennootschap worden gehouden’. Artikel 2:334e lid 2 BW vormt, net als artikel 2:334cc BW, een uitzondering op de hoofdregel van toekenning van aandelen door de verkrijgende vennootschap in ruil voor de aandelen in de splitsende vennootschap.

Bij de vereenvoudigde aandeelhoudersplitsing als variant op de ruziesplitsing zou artikel 2:334e lid 2 BW kunnen worden toegepast: op basis van de hoofdregel van artikel 2:334e lid 1 BW zou de verkrijgende vennootschap aandelen moeten toekennen aan zichzelf, maar artikel 2:334e lid 2 BW staat daaraan in de weg.

Ook al is de splitsing van artikel 2:334cc BW niet toepasbaar om de verhoudingen tussen aandeelhouders van de splitsende vennootschap te wijzigen in de verkrijgende vennootschappen, toch kan de splitsing van artikel 2:334cc BW worden toegepast in een geval waarin aandeelhouders niet geheel gescheiden moeten worden. Deze splitsing wordt de ‘partiële ruziesplitsing’ of ‘vermogensplitsing’ genoemd.¹⁴⁶ Artikel 2:334cc BW belemmert niet dat alle aandeelhouders

¹⁴⁵ Schoonbrood en Van Olffen 2011-I, p. 108.

¹⁴⁶ Van Eck en Volders 2004, p. 793.

van de splitsende vennootschap gezamenlijk aandeelhouder worden van één of meer verkrijgende vennootschappen, naast dat de onderscheiden aandeelhouders aandeelhouder worden van onderscheiden verkrijgende vennootschappen. Een voorbeeld hiervan is de splitsing van een vennootschap waarbij de aandeelhouders ieder aandeelhouder worden van één verkrijgende vennootschap en tezamen aandeelhouder worden van een andere verkrijgende vennootschap.¹⁴⁷

3.8.6 *Moeder-dochter splitsing*

De moeder-dochtersplitsing behelst de afsplitsing van vermogensbestanddelen van de moedervennootschap naar een dochtervennootschap. De Nederlandse wetgeving voorziet expliciet in de mogelijkheid van afsplitsing van vermogen van een moedervennootschap naar een nieuw op te richten dochtervennootschap, waarbij de moedervennootschap de aandelen in de dochtervennootschap verkrijgt. Volgens de hoofdregel van artikel 2:334a lid 3 en artikel 2:334e lid 1 BW, worden aandelen in de verkrijgende vennootschap toegekend aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap. Bij een moeder-dochtersplitsing zou dit betekenen dat de dochtervennootschap aandelen moet toekennen aan de aandeelhouder van de splitsende moedervennootschap. De wet bevat echter een uitzondering voor dit geval, waarin de verkrijgende vennootschap door de splitsende vennootschap in het kader van de splitsing wordt opgericht (artikel 2:334a lid 3, laatste zin, BW). Dat de splitsende vennootschap de aandelen van een bij de splitsing opgerichte naamloze vennootschap of besloten vennootschap kan verkrijgen, wordt nog eens bevestigd in artikel 2:334c lid 2 en artikel 2:334hh lid 1 BW.

De moeder-dochtersplitsing waarbij de moedervennootschap vermogen afsplitst naar een reeds bestaande dochtervennootschap is ook mogelijk. Bij deze splitsing moeten volgens de hoofdregel van artikel 2:334e lid 1 BW aandelen door de dochtervennootschap worden toegekend aan de aandeelhouder van de splitsende moedervennootschap. Op die manier gaat het 100%-belang van de moedervennootschap in de dochtervennootschap teniet, omdat ook de aandeelhouder van de moedervennootschap aandeelhouder wordt van de verkrijgende dochtervennootschap. Een eventueel bestaande fiscale eenheid tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap kan daardoor worden verbroken.

3.8.7 *Dochter-moedersplitsing*

Bij een dochter-moedersplitsing wordt de dochtervennootschap gesplitst en treedt of treden de aandeelhouder(s) van de splitsende vennootschap op als verkrijgende vennootschap(pen). Volgens de hoofdregel (artikel 2:334a lid 3 en artikel 2:334e lid 1 BW) zou bij deze vorm van splitsing de moedervennootschap – als verkrijgende vennootschap – aandelen moeten toekennen aan zichzelf in haar

¹⁴⁷ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 117 en Raaijmakers en Van der Sangen 2003, art. 333cc, aant. 3.

hoedanigheid van aandeelhouder van de splitsende dochtervennootschap. Op basis van artikel 2:334e lid 2 worden geen aandelen in het kapitaal van een verkrijgende vennootschap verkregen in ruil voor aandelen in het kapitaal van een splitsende vennootschap die door of voor rekening van de verkrijgende vennootschap worden gehouden. Deze bepaling staat in de weg aan de toekenning van aandelen door de verkrijgende moedervennootschap aan zichzelf. Het ‘verbod’ dat een vennootschap aandelen toekent aan zichzelf – en dat hier voortvloeit uit artikel 2:334e lid 2 BW –, is een principe dat past binnen het vennootschapsrecht.¹⁴⁸ Dat principe komt ook naar voren bij het verbod tot het nemen van aandelen bij een emissie (artikel 2:95 lid 1 / artikel 2:205 BW).

In 1996 is in de Memorie van toelichting opgemerkt dat een afsplitsing van een dochtervennootschap naar haar moedervennootschap als bedoeld in het – toentertijd – aanhangige wetsvoorstel slechts mogelijk is, indien deze gepaard gaat met een wijziging van de structuur waarvan de vennootschap deel uitmaakt (zie tevens paragraaf 3.7.5.). Deze structuurwijziging zal in de visie van de wetgever doorgaans zijn dat aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder worden van één of meer verkrijgende vennootschappen of dat bij een splitsing een nieuwe vennootschap wordt opgericht.¹⁴⁹ De wetgever motiveert dat bij een afsplitsing de structuurwijziging is gelegen in het feit dat lidmaatschapsrechten of aandelen worden toegekend of dat een vennootschap bij de splitsing wordt opgericht. De wetgever was, naar de toenmalige stand van het wetsvoorstel, om die reden van mening dat afsplitsing van vermogen door een bestaande volle dochtervennootschap naar haar moedervennootschap niet mogelijk was. De vraag is echter of aan het vereiste van structuurwijziging in de parlementaire geschiedenis veel aandacht moet worden besteed. De minister deelde in de Memorie van toelichting alleen mede dat de afsplitsing van vermogen van een bestaande volle dochtermaatschappij naar haar moedermaatschappij niet onder de reikwijdte van de splitsingswetgeving viel. Het vereiste van een structuurwijziging is niet als zodanig in de wet opgenomen en later is door de wetgever opgemerkt dat de discussie omtrent de structuurwijziging die de splitsing met zich moet brengen, moet worden gezien als een voorbeeld ter verduidelijking van de wettelijke bepalingen. Zoals is toegelicht in paragraaf 3.7.5, is structuurwijziging in ieder geval geen aanvullend buitenwettelijk vereiste.¹⁵⁰ Uiteraard ligt de structuurwijziging wel als zodanig in bijvoorbeeld artikel 2:334a BW besloten, maar het is geen additioneel – buitenwettelijk – vereiste.

Het vereiste van structuurwijziging volgt ook niet uit de Zesde richtlijn. De Zesde richtlijn bevat een duidelijke bepaling over de ruil van aandelen. In termen van de Zesde richtlijn wordt niet gesproken over een ‘ruil’ van aandelen, maar van een ‘omwisseling van aandelen’. In artikel 17 lid 2 sub b Zesde richtlijn is de bepaling opgenomen dat geen omwisseling van aandelen van een verkrijgende

148 Schoonbrood en Van Olffen 2011-I, p. 108, 109.

149 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3, Memorie van toelichting, p. 5.

150 *Kamerstukken II*, 1996-1997, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 5.

vennootschap plaatsvindt tegen aandelen van de gesplitste vennootschap die worden gehouden door de gesplitste vennootschap zelf. Hoewel artikel 17 Zesde richtlijn ziet op splitsing waarbij de gesplitste vennootschap ophoudt te bestaan, is dit artikel via de schakelbepaling van artikel 25 Zesde richtlijn ook van toepassing op de splitsing waarbij de gesplitste vennootschap niet ophoudt te bestaan, zoals bij afsplitsing. Bovendien heeft artikel 17 Zesde richtlijn een dwingend karakter: met dit artikel is totale harmonisatie beoogd, met als consequentie dat lidstaten van die bepaling niet vrijelijk kunnen afwijken door additionele eisen, zoals het vereiste van structuurwijziging, te introduceren.

Ondanks dat het vereiste van structuurwijziging bij splitsing geen wettelijk vereiste is, komt dit begrip toch af en toe terug in de literatuur omtrent splitsing, met name in de discussie rondom de dochter-moedersplitsing.¹⁵¹ Als de wetgever de eis van structuurwijziging als wettelijke eis voor splitsing had willen stellen, dan had hij daartoe een bepaling moeten opnemen in de wet. De wetgever wilde dat kennelijk niet en heeft ook aangegeven dat de eis van structuurwijziging slechts is gebruikt ter illustratie van de wettelijke bepalingen. Het principe van toekenning van aandelen in het kader van splitsing volgt echter wel uit de wet en is een wettelijk vereiste. Dat principe is neergelegd in artikel 2:334a lid 3 BW en artikel 2:334e lid 1 BW. Op het beginsel van toekenning van aandelen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap bestaan verschillende uitzonderingen, namelijk in het geval van (i) hybride splitsing, (ii) ruziesplitsing in de zin van artikel 2:334cc BW, (iii) driehoekssplitsing in de zin van artikel 2:334ii BW en (iv) indien krachtens de ruilverhouding zelfs geen recht bestaat op een enkel aandeel. Ook worden geen aandelen toegekend in ruil voor aandelen in de splitsende vennootschap die door of voor rekening van de verkrijgende vennootschap worden gehouden (artikel 2:334e lid 2 BW). Voorkomen wordt dat een vennootschap aandelen aan zichzelf moet toekennen.

Op basis van het voorgaande was de heersende opvatting in de literatuur dat een dochter-moedersplitsing niet mogelijk is.¹⁵² Koster is echter van mening dat de afsplitsing van een dochtervennootschap naar de moedervennootschap wel mogelijk is. Koster is van mening dat artikel 2:334e lid 2 BW in dit geval geldt en dat de verkrijgende moedervennootschap geen aandelen hoeft toe te kennen aan zichzelf. Koster is van mening dat de wettelijke systematiek de idee van structuurwijziging – hetgeen geen wettelijke, noch een buitenwettelijke eis is – door artikel 2:334e lid 2 BW opzij wordt gezet.¹⁵³

151 Zie bijvoorbeeld: Schoonbrood en Van Olfen 2011-I, p. 106, 109-111 en anders: Zaman, Van Eck en Roelofs 2011, p. 872, 875.

152 Zie bijvoorbeeld Buijn 1996, p. 19, 20, Schutte-Veenstra 1996, p. 290, Zaman 2000-I, p. 519, Asser/Maeijer 2-III 2000/583c en Kirpensteijn, Donkers en Anker 2001, p. 32.

153 Koster 2009, p. 318 en in dezelfde zin: Koster 2011, p. 151.

Met het van kracht worden van de Wet van 12 mei 2011¹⁵⁴ is aan artikel 2:334ff BW een nieuw lid toegevoegd: lid 4. Dat artikellid bepaalt dat indien de verkrijgende vennootschappen alle aandelen houden in de splitsende vennootschap, de splitsende vennootschap bij bestuursbesluit tot splitsing kan besluiten (zie hierover nader paragraaf 3.9.9.1.) Naar mijn mening roept artikel 2:334ff lid 4 BW opnieuw de vraag op of de splitsing van een dochtervennootschap naar haar (gezamenlijke) moedervennootschap(en) mogelijk is. Naar mijn mening is met de toevoeging van lid 4 aan artikel 2:334ff BW duidelijk geworden dat de splitsing van een dochtervennootschap naar de moedervennootschap(en) wel mogelijk is, omdat, wanneer deze vorm van splitsing niet mogelijk zou zijn, er ook geen regeling nodig zou zijn welk orgaan bevoegd is daartoe te besluiten.

Artikel 2:334ff lid 4 BW is een implementatie van artikel 3 onderdeel 7 Richtlijn 2009/109/EG, waarmee artikel 20 van de Zesde richtlijn werd gewijzigd. De tekst daarvan luidt: ‘Onverminderd artikel 6 mogen de lidstaten niet verlangen dat de splitsing door de algemene vergadering van de gesplitste vennootschap wordt goedgekeurd indien de verkrijgende vennootschappen in het bezit zijn van alle aandelen van de gesplitste vennootschap en alle andere effecten waaraan stemrechten in de algemene vergadering van de gesplitste vennootschap verbonden zijn’.

Met artikel 20 Zesde richtlijn is totale harmonisatie beoogd. Lidstaten kunnen niet afwijken van deze bepaling of nadere eisen stellen, zoals de al dan niet verplichte toekenning van aandelen en het buitenwettelijke vereiste van structuurwijziging. Met de toevoeging van lid 4 aan artikel 2:334ff BW is duidelijk geworden dat ook de dochter-moedersplitsing valt binnen de reikwijdte van Afdeling 2.7.5. BW.

De vraag is echter of artikel 20 Zesde richtlijn wel goed geïmplementeerd is. Artikel 2:334ff lid 4 BW ziet naar de letter van de tekst alleen op het geval meer dan één vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap. Dat zou impliceren dat de afsplitsing van een dochtervennootschap naar één moedervennootschap niet onder de reikwijdte van artikel 2:334ff lid 4 BW valt. Naar mijn mening is dat niet het geval. De Zesde richtlijn ziet immers zowel op zuivere splitsing als op afsplitsing. Wanneer de wetgeving van een lidstaat de rechtshandeling afsplitsing toestaat, is daarop eveneens de Zesde richtlijn van toepassing (artikel 25 Zesde

154 Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259), Stb. 2011, 234 en Besluit van 14 juni 2011 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259) en artikel I van de Wet van 20 mei 2010 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met lastenverlichting voor burgers en bedrijfsleven, Stb. 2011, 294.

richtlijn). Dat betekent ook dat de afsplitsing waarbij één vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap onderworpen is aan het voorschrift van artikel 20 Zesde richtlijn. Artikel 2:334ff lid 4 BW zou daarom ook moeten zien op afsplitsing van een dochtervennootschap naar één moedervernootschap.¹⁵⁵

3.8.8 Evenredige splitsing

De evenredige splitsing is sinds 1 juli 2011 opgenomen in artikel 2:334hh lid 2 BW. Artikel 2:334hh lid 2 BW is een implementatie van artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn, zoals toegevoegd krachtens Richtlijn 2009/109/EG. De invoering van artikel 2:334hh lid 2 BW maakt deel uit van Wetsvoorstel 32 458.¹⁵⁶ De tekst van artikel 2:334hh lid 2 BW luidt als volgt:

‘Indien alle verkrijgende vennootschappen bij de splitsing worden opgericht en de aandeelhouders van de splitsende vennootschap daarvan, evenredig aan hun aandeel in de splitsende vennootschap, aandeelhouder worden, zijn de artikelen 334g, 334i en 334y tot en met 334bb niet van toepassing.’

3.8.8.1 Zuivere splitsing en afsplitsing

De evenredige splitsing is alleen toepasbaar indien *alle* verkrijgende vennootschappen bij de splitsing worden opgericht. De evenredige splitsing kan voor beide vormen van splitsing gebruikt worden. De redactie van artikel 2:334hh BW als geheel zou tot een andere conclusie kunnen leiden. In artikel 2:334hh lid 1 BW wordt de afsplitsing genoemd waarbij de verkrijgende vennootschap(pen) bij de splitsing wordt of worden opgericht en waarbij de splitsende vennootschap enig aandeelhouder wordt. Omdat artikel 2:334hh lid 1 BW alleen geldt voor afsplitsing, zou tot de conclusie gekomen kunnen worden dat artikel 2:334hh lid 2 BW ook alleen voor afsplitsing zou gelden, met dien verstande dat het niet de splitsende vennootschap is die aandeelhouder wordt van de verkrijgende vennootschappen, maar de aandeelhouders van de splitsende vennootschap.

Dat de evenredige splitsing ook mogelijk is bij zuivere splitsing, blijkt ook wanneer artikel 2:334hh lid 2 BW wordt geïnterpreteerd in het licht van artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn, waarop artikel 2:334hh lid 2 BW is gebaseerd. Artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn is opgenomen in Hoofdstuk II van die richtlijn, met als titel ‘Splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen’, welk hoofdstuk primair ziet op zuivere splitsing en subsidiair, via de schakelbepaling van artikel 25 Zesde richtlijn, ook op afsplitsing.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Zie over het spanningsveld dat bestaat tussen artikel 2:334e lid 2 BW en artikel 2:334ff lid 4 BW: par. 3.7.5. en Van Veen, ‘GS Rechtspersonen’, art. 2:334ff BW, aant. 3.

¹⁵⁶ Kamerstukken I, II 2009-2010, 2010-2011, 32 458.

¹⁵⁷ Roelofs en Van Eck 2011, p. 129 en Van Eck en Roelofs 2012-I, p. 3 – 6.

3.8.8.2 Alleen toepasbaar bij B.V.'s en N.V.'s

Een verschil van de evenredige splitsing ten opzichte van de hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW is dat de evenredige splitsing slechts kan worden toegepast indien een besloten vennootschap of naamloze vennootschap splitst en niet wanneer een stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij splitst.¹⁵⁸ Dit heeft in de eerste plaats te maken met de plaatsing van de evenredige splitsing in artikel 2:334hh lid 2 BW, dat deel uitmaakt van Afdeling 2.7.5 BW betreffende de splitsing waarbij een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt gesplitst of wordt opgericht. In de tweede plaats heeft dat te maken met het rechtsvormgelijkheidsvereiste als opgenomen in artikel 2:334b lid 2 BW, waaruit blijkt dat indien een verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing wordt opgericht, deze dezelfde rechtsvorm moet hebben als de splitsende rechtspersoon.¹⁵⁹ Wanneer bijvoorbeeld een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij gebruik zou kunnen maken van de evenredige splitsing en waarbij de verkrijgende vennootschappen besloten vennootschappen en/of naamloze vennootschappen zijn, zou een bijzondere – en moeilijke, zo niet onmogelijke – ruilverhouding moeten worden vastgesteld. Dat probleem zou zich nog meer openbaren bij de toepassing van de evenredige splitsing van een stichting. De slotsom is dan ook dat de evenredige splitsing alleen kan worden gebruikt bij de afsplitsing of zuivere splitsing van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen, waarbij naamloze vennootschappen en/of besloten vennootschappen worden opgericht. Het bestaan van eventuele dochtermaatschappijen ten tijde van de splitsing, welke niet in het kader van de evenredige splitsing optreden als verkrijgende vennootschappen, doet niet af aan de mogelijkheid de evenredige splitsing toe te passen.

Naar de letter van de tekst van artikel 2:334hh lid 2 BW kan de evenredige splitsing alleen toegepast worden wanneer meerdere verkrijgende vennootschappen worden opgericht. Een letterlijke interpretatie van artikel 2:334hh lid 2 BW zou leiden tot de conclusie dat de evenredige splitsing niet kan worden toegepast bij afsplitsing waarbij één vennootschap wordt opgericht. Deze conclusie is echter niet juist. Artikel 2:334hh lid 2 BW is een implementatie van artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn en dat artikel is opgenomen in Hoofdstuk II betreffende de (zuivere) splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen. Via de schakelbepaling van artikel 25 Zesde richtlijn ziet artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn ook op afsplitsing, indien de wetgeving van een lidstaat de rechtshandeling afsplitsing toestaat. De Nederlandse wetgeving bevat de mogelijkheid tot afsplitsing en moet dus ook de

158 De Duitse wetgever heeft de evenredige splitsing slechts mogelijk gemaakt voor naamloze vennootschappen ('Aktiengesellschaften'), zie § 143 Umwandlungsgesetz. De Zesde richtlijn verplicht alleen tot het opnemen van regels voor splitsing – als een lidstaat de splitsing wenst te regelen – voor naamloze vennootschappen en niet voor besloten vennootschappen.

159 Roelofs en Van Eck 2011, p. 120.

evenredige splitsing toestaan voor afsplitsing waarbij één vennootschap wordt opgericht.

3.8.8.3 Het begrip ‘evenredigheid’

De evenredige splitsing kan naar de letter van de wet alleen worden gebruikt indien de aandeelhouders van de splitsende vennootschap ‘evenredig aan hun aandeel in de splitsende vennootschap’ aandeelhouder worden van alle verkrijgende vennootschappen. De evenredige splitsing kan niet worden toegepast indien de splitsende vennootschap slechts één aandeelhouder heeft. De omschrijving van de evenredige splitsing in artikel 2:334hh lid 2 BW staat daaraan in de weg. Van ‘evenredigheid’ is bij een 100%-belang in de splitsende vennootschap immers geen sprake.¹⁶⁰

Wanneer een vennootschap slechts één soort aandelen kent, zal het duidelijk zijn dat de aandeelhouders van de splitsende vennootschap in dezelfde verhouding als in de splitsende vennootschap – bijvoorbeeld in een verhouding 60/40 – aandeelhouder moeten worden van alle verkrijgende vennootschappen, wil de evenredige splitsing van toepassing zijn.

Moeilijker wordt het wanneer de splitsende vennootschap meerdere soorten aandelen kent, zoals preferente aandelen, prioriteitsaandelen of soortaandelen, zoals letteraandelen – A-aandelen en B-aandelen –, die, bij een besloten vennootschap, al dan niet stemrechten hebben (artikel 2:228 lid 5 BW), dan wel geen recht geven op uitkering van winst (artikel 2:216 lid 7 BW). De vraag die dan opkomt, is of bij toepassing van de evenredige splitsing ook na het van kracht worden van de splitsing de houders van die afzonderlijke soorten aandelen dezelfde soorten aandelen toegekend moeten krijgen in de verkrijgende vennootschappen als in de splitsende vennootschap. Stel dat een bepaalde groep aandeelhouders slechts aandelen van een soort ‘A’ houdt en een andere groep alleen aandelen van een soort ‘B’, kunnen zij dan alleen ‘gewone’ aandelen van één en dezelfde soort in de verkrijgende vennootschap toegekend krijgen? Met andere woorden: moet de aandelenstructuur van de verkrijgende vennootschappen volstrekt identiek zijn aan die van de splitsende vennootschap, zodat de aandeelhouders naar evenredigheid het kapitaal van de verkrijgende vennootschappen verschaffen, naar evenredigheid stemrecht hebben in de algemene

¹⁶⁰ Van Eck en Roelofs 2012-III, p. 11 – 13. Anders: Van Veen, ‘*GS Rechtspersonen*’, art. 2:334hh lid 2 BW, aant. 4.2. Van Veen acht de argumentatie waarbij wordt uitgegaan dat bij een enig aandeelhouder geen sprake is van evenredigheid te ‘legistisch’. Volgens hem brengt juist een redelijke wetstoepassing met zich dat de regeling van artikel 2:334hh lid 2 BW van toepassing is in het geval de splitsende vennootschap een enig aandeelhouder heeft. Ik ben het daar niet mee eens. De wet spreekt in artikel 2:334hh lid 2 BW duidelijk niet van ‘aandeelhouder’, maar van ‘aandeelhouders’ in combinatie met ‘evenredigheid’. In dezelfde zin als Van Veen: Van der Heijden & Van der Grinten (2013), nr. 415. De toepassing van artikel 2:334hh lid 2 BW bij een enig aandeelhouder zou naar mijn mening wel tot de mogelijkheid moeten gaan behoren, echter daarvoor is wel een verduidelijking van artikel 2:334hh lid 2 BW door de wetgever noodzakelijk.

vergadering en voor het overige naar evenredigheid alle bijzondere rechten, verbonden aan (soort)aandelen hebben?

Wanneer bij toepassing van de evenredige splitsing alleen wordt aangesloten bij de mate waarin aandeelhouders kapitaal verschaffen van de splitsende vennootschap en voorbij wordt gegaan aan het bestaan van bepaalde soorten aandelen en de daaraan verbonden rechten, kan de situatie ontstaan dat bepaalde soorten aandelen niet meer ‘terugkomen’ bij de verkrijgende vennootschappen. Tevens is het mogelijk dat na de splitsing de soort aandelen bij de verkrijgende vennootschappen ‘terugkomen’, maar dat toch de onderscheiden aandeelhouders op een andere wijze gerechtigd worden tot de winst in de verkrijgende vennootschappen dan zij gerechtigd waren tot de winst in de splitsende vennootschap, dan wel andere zeggenschapsrechten krijgen.

In artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn, waarvan artikel 2:334hh lid 2 BW een implementatie is, wordt uitgegaan van het principe dat aandeelhouders van de gesplitste vennootschap aandeelhouder worden ‘evenredig aan hun rechten in het kapitaal van de splitsende vennootschap’. Op basis van de Zesde richtlijn zou het voor de toepassing van de evenredige splitsing niet noodzakelijk zijn dat de houders van soorten aandelen ook dezelfde soort aandelen krijgen toegekend – naar evenredigheid – met de daaraan verbonden bijzondere rechten in de verkrijgende vennootschappen, als het belang in de verkrijgende vennootschappen maar evenredig is aan dat in de splitsende vennootschap.

De Memorie van toelichting bij Wetsvoorstel 32 458 biedt niet veel duidelijkheid over een exacte uitleg van de woorden ‘evenredig aan hun aandeel in de splitsende vennootschap’.¹⁶¹ Wel is in de Memorie van toelichting te lezen dat de evenredige splitsing kan worden toegepast indien de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap *evenredig aan hun rechten in het kapitaal* van de gesplitste vennootschap aandeelhouder worden. Het *belang* van de verschillende aandeelhouders dient niet te veranderen. Het begrip ‘belang’ komt niet verder voor in Boek 2 van het BW. Wel kan het begrip ‘belang’ in het Nederlandse recht zo uitgelegd worden dat het gekoppeld is aan het percentage van het kapitaal dat een aandeelhouder verschaft. Een dergelijke definitie is bijvoorbeeld terug te vinden in artikel 4.6 Wet inkomstenbelasting 2001, waarin is opgenomen dat iemand een aanmerkelijk *belang* heeft, indien hij ‘voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap’. Uiteraard kan ook verdedigd worden dat het begrip ‘belang’ ziet op het percentage aan stemrechten dat een aandeelhouder kan uitoefenen in de algemene vergadering van aandeelhouders en/of het percentage aan winstrechten.¹⁶²

Het behoeft geen betoog dat een ruime interpretatie van het begrip ‘belang’ – waarin niet alleen wordt gekeken naar de mate waarin kapitaal wordt verschaft, maar tevens naar de aan (soort)aandelen verbonden bijzondere rechten – de meeste

¹⁶¹ *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 458, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 5 en 8.

¹⁶² Vergelijk: Timmermans 2003, p. 248 e.v.

rechtszekerheid biedt.¹⁶³ Dat neemt echter niet weg dat een ‘weging’ van de belangen van de bijzondere rechten verbonden aan aandelen geen sinecure kan zijn in de praktijk. Deze weging kan in de praktijk worden voorkomen door – althans wat betreft de kapitaalstructuur, de aandelen en de daaraan verbonden rechten – de statuten van de verkrijgende vennootschap(pen) gelijkkluidend te laten zijn aan die van de splitsende vennootschap. Dit betekent ook dat bij toepassing van de evenredige splitsing van een besloten vennootschap met aandelen zonder winstrecht (artikel 2:216 lid 7 BW) en/of aandelen zonder stemrecht (artikel 2:228 lid 5 BW) slechts één of meerdere besloten vennootschappen kunnen optreden als verkrijgende vennootschap(pen). Naamloze vennootschappen kunnen immers geen aandelen zonder stemrecht of aandelen zonder winstrecht hebben. Bij de evenredige splitsing van een besloten vennootschap met aandelen zonder winstrecht en/of aandelen zonder stemrecht zal bij een verkrijgende naamloze vennootschap niet aan de eis van evenredigheid zijn voldaan.

Na het van kracht worden van de splitsing kunnen de statuten van de verkrijgende vennootschap(pen) worden gewijzigd en kunnen aandelen worden ingetrokken of de aan aandelen verbonden rechten worden gewijzigd. De eis van de ‘evenredigheid’ geldt dan immers niet meer.

In Duitsland, waarin artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn is geïmplementeerd in § 143 Umwandlungsgesetz, heeft de Deutscher Notarverein in het kader van de evenredige splitsing opgemerkt dat de zinsnede ‘im Verhältnis zu ihren Rechten am Kapital’ niet eenduidig is.¹⁶⁴ De Deutscher Notarverein vroeg zich af of deze zinsnede zo kan worden geïnterpreteerd dat het alleen om de *deelneming* van de aandeelhouders in het nominale aandelenkapitaal gaat, of dat tevens gekeken moet worden naar bepaalde *rechten* verbonden aan (soort)aandelen. De Deutscher Notarverein betreurt het dat de Duitse wetgever bij de implementatie van artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn de tekst van dat artikellid (bijna) woordelijk heeft overgenomen in § 143 Umwandlungsgesetz. De Deutscher Notarverein suggereert dat het begrip ‘kapitaal’ in artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn moet worden geïnterpreteerd als ‘satzungsmäßigem Grundkapital’.

Als argument voor deze enge interpretatie – namelijk: er is sprake van ‘evenredigheid’ indien de aandeelhouders van de verkrijgende vennootschappen in gelijke mate het kapitaal verschaffen als in de splitsende vennootschap – voert de Deutscher Notarverein aan dat de Europese wetgever (als hij al heeft nagedacht over deze problematiek) waarschijnlijk alleen deelname in het kapitaal op het oog heeft gehad en dat een dergelijke enge interpretatie van het Duitse recht in overeenstemming is met de basis hiervoor in de Zesde richtlijn.

163 Roelofs en Van Eck 2011, p. 130, 131. In dezelfde zin: Van Veen, ‘GS Rechtspersonen’, art. 2:334hh lid 2 BW, aant. 4.4.

164 Stellungnahme der Deutscher Notarverein zum Referentenentwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes Umsetzung der Richtlinie 2009/109/EG vom 16. September 2009, vom 29. April 2010. Downloaden kan via: www.bundesgerichtshof.de.

Uit de opmerkingen van de Deutscher Notarverein blijkt dat ook bij de totstandkoming van § 143 Umwandlungsgesetz, gelijk als bij de totstandkoming van de Nederlandse wetgeving, niet geheel duidelijk is geworden waarop de evenredigheid moet zien. Een verduidelijking van het begrip ‘evenredigheid’ in artikel 2:334hh lid 2 BW zou een welkome aanvulling zijn.

3.8.8.4 Peilmoment

Voor de toepassing van de evenredige splitsing is het moment van het van kracht worden van de splitsing bepalend. Ten tijde van deponering van het voorstel tot splitsing kunnen derhalve de aandeelhouders in een andere verhouding gerechtigd zijn tot het kapitaal van de splitsende vennootschap dan vlak voor het van kracht worden van de splitsing. Het peilmoment, het moment dat beslissend is voor de bepaling van de evenredigheid, is het moment onmiddellijk voorafgaande aan het nemen van het besluit tot splitsing. Met eventuele aandelenoverdrachten in de periode tussen de deponering van het voorstel tot splitsing en het nemen van het besluit tot splitsing, kan rekening worden gehouden. Dat neemt echter niet weg dat de hele procedure tot splitsing, reeds bij de opstelling van het voorstel tot splitsing, rekening zal moeten worden gehouden met de evenredigheid. Eventuele gebeurtenissen die leiden tot afwezigheid van de evenredigheid daarna zullen ertoe leiden dat de gehele procedure opnieuw moet worden gevolgd.

3.9 De procedure tot juridische splitsing

De procedure tot juridische splitsing heeft een formeel karakter. De wettelijke regeling in Afdeling 2.7.4. en 2.7.5. BW geeft een uitgebreide regeling over de te nemen stappen om een juridische splitsing te effectueren, vanaf de opstelling van het voorstel tot splitsing tot en met het van kracht worden van de splitsing. Dat een formele procedure moet worden gevolgd in aanloop tot een juridische splitsing, is te verklaren uit het feit dat de juridische splitsing vergaande gevolgen heeft: er vindt een vermogensovergang onder algemene titel plaats van de splitsende rechtspersoon naar de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen, de leden of aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon worden van rechtswege lid of aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen, verbintenissen kunnen in het kader van een splitsing overgaan en crediteuren kunnen dientengevolge een andere wederpartij krijgen en bij zuivere splitsing houdt de splitsende rechtspersoon van rechtswege op te bestaan. In de volgende paragrafen zal de procedure tot juridische splitsing centraal staan.

3.9.1 Voorovereenkomst tot splitsing

Voorafgaande aan het opstellen van het voorstel tot splitsing (zie paragraaf 3.9.2. hierna), zullen de partijen bij de splitsing of hun aandeelhouders met elkaar overeenkomen een juridische splitsing uit te voeren. Van het bestaan van zo een overeenkomst kan blijken bij geschrift, al hoeft dat niet het geval te zijn. Partijen bij de splitsing zijn de splitsende rechtspersoon en elke verkrijgende rechtspersoon, met uitzondering van de rechtspersonen die bij de splitsing worden opgericht (artikel 2:334a lid 4 BW). Dat een verkrijgende rechtspersoon, die bij de splitsing wordt opgericht, geen partij is bij de splitsing, is logisch, omdat hij pas ontstaat op het moment van het van kracht worden van de splitsing (zie hierna paragraaf 3.9.12.).

3.9.2 Voorstel tot splitsing

De eigenlijke procedure tot juridische splitsing begint met het opstellen van een voorstel tot splitsing (artikel 2:334f BW). Het primaire doel van het voorstel tot splitsing is het informeren van alle (potentiële) belanghebbenden bij de splitsing, zoals de aandeelhouders, de houders van bijzondere rechten jegens de splitsende rechtspersoon, de crediteuren, de werknemers en derden.

De besturen van de partijen bij de splitsing – i.e. de splitsende rechtspersoon, alsmede iedere verkrijgende rechtspersoon, met uitzondering van de rechtspersoon die bij de splitsing wordt opgericht – zijn exclusief bevoegd tot het opstellen van het voorstel tot splitsing (artikel 2:334f lid 1 BW).¹⁶⁵ Indien één of meer verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing wordt of worden opgericht, wordt het voorstel tot splitsing opgesteld door het bestuur van de splitsende rechtspersoon. In geval van een driehoekssplitsing in de zin van artikel 2:334ii BW geldt de groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap, welke aandelen toekent aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap, mede als partij bij de splitsing (artikel 2:334ii lid 3 BW). Ook het bestuur van die groepsmaatschappij moet dan mede het voorstel tot splitsing opstellen.

3.9.2.1 Inhoud van het voorstel tot splitsing

Het voorstel tot splitsing is één uniek document. Dat betekent dat er voor iedere splitsing slechts één gelijkkluidend voorstel tot splitsing is, opgesteld door de besturen van alle partijen bij de splitsing. Artikel 2:334f lid 2 BW bevat een opsomming van de gegevens die het voorstel tot splitsing ten minste moet bevatten. De besturen van de partijen bij de splitsing zijn vrij meer gegevens op te nemen in het voorstel tot splitsing dan is voorgeschreven in artikel 2:334f lid 2 BW.

¹⁶⁵ Indien één of meer partijen bij de splitsing een one tier board hebben in de zin van artikel 2:129a / artikel 2:239a BW, is het bestuur eveneens bevoegd tot het opstellen van het voorstel tot splitsing. De opstelling van het voorstel tot fusie is een taak van de uitvoerende bestuurders.

Rechtsvorm, naam en zetel

Het voorstel tot splitsing moet in de eerste plaats gegevens bevatten over de rechtsvorm, de naam en zetel van de partijen bij de splitsing en van de rechtspersonen die bij de splitsing worden opgericht (artikel 2:334f lid 2 sub a BW). Voor een goed beeld die de splitsing teweeg brengt bij zowel de splitsende rechtspersoon als bij iedere verkrijgende rechtspersoon, moeten de statuten van de splitsende rechtspersoon, zoals die luiden vóór de splitsing, worden bijgevoegd bij het voorstel tot splitsing. Indien de splitsende rechtspersoon blijft voorbestaan na de splitsing – hetgeen het geval is bij afsplitsing – moeten tevens de statuten van de splitsende rechtspersoon, zoals die zullen luiden na het van kracht worden van de splitsing, worden bijgevoegd. Ook van iedere reeds bestaande verkrijgende rechtspersoon moeten zowel de statuten worden bijgevoegd, zoals die luiden vóór het van kracht worden van de splitsing, als de statuten zoals die zullen luiden na het van kracht worden van de splitsing. Indien een nieuwe rechtspersoon bij de splitsing wordt opgericht, moet het ontwerp van de akte van oprichting, inhoudende de statuten, bij het voorstel tot splitsing worden gevoegd (artikel 2:334f lid 2 sub b BW).

Zuivere splitsing of afsplitsing

Essentieel is dat het voorstel tot splitsing vermeldt of het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon zal overgaan, of een gedeelte van het vermogen zal overgaan (artikel 2:334f lid 2 sub c BW). Bij een zuivere splitsing gaat het gehele vermogen over en houdt de splitsende rechtspersoon altijd van rechtswege op te bestaan (artikel 2:334a lid 2 BW jo. artikel 2:334c lid 1 BW). Bij afsplitsing bestaat de splitsende rechtspersoon voort, tenzij het gehele vermogen overgaat (artikel 2:334c lid 1 BW). Deze regel lijdt echter uitzondering indien de verkrijgende rechtspersoon een naamloze vennootschap of besloten vennootschap is die bij de splitsing wordt opgericht en waarvan de splitsende rechtspersoon alle aandelen verkrijgt (artikel 2:334c lid 2 BW). In dat geval is er sprake van een hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW. Hoewel uit het voorstel tot splitsing als geheel duidelijk zal worden of de splitsende rechtspersoon, die het gehele vermogen afsplitst, zal ophouden te bestaan, is het voorstel tot splitsing vollediger wanneer ook duidelijk wordt aangegeven of de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan.

Vermogensbeschrijving

Waar bij een juridische fusie het gehele vermogen van iedere verdwijnende rechtspersoon overgaat op slechts één verkrijgende rechtspersoon, is dat bij juridische splitsing als hoofdregel niet het geval. Uit het karakter van de splitsing volgt dat het vermogen van de splitsende rechtspersoon wordt verdeeld over meerdere verkrijgende rechtspersonen, of, bij afsplitsing waarbij de splitsende rechtspersoon een deel van het vermogen behoudt, een gedeelte van het vermogen overgaat op één of meerdere verkrijgende rechtspersonen. Bij een splitsing zal daarom, mede om redenen van rechtszekerheid voor aandeelhouders, crediteuren, werknemers en

andere belanghebbenden, duidelijk moeten zijn welke verkrijgende rechtspersoon welke vermogensbestanddelen zal verkrijgen ten gevolge van de splitsing, dan wel welke vermogensbestanddelen zullen worden behouden door de splitsende rechtspersoon. Schuldeisers moeten kunnen weten welke verkrijgende rechtspersoon hun nieuwe wederpartij zal zijn en werknemers moeten uit het voorstel tot splitsing kunnen afleiden op welke rechtspersoon hun arbeidsovereenkomst zal overgaan (artikel 7:663 BW). Om deze redenen schrijft de Zesde richtlijn voor dat het voorstel tot splitsing een vermogensbeschrijving moet bevatten aan de hand waarvan nauwkeurig bepaald kan worden welke vermogensbestanddelen van de splitsende vennootschap zullen overgaan op elk van de verkrijgende vennootschappen en, bij afsplitsing, welke vermogensbestanddelen door de splitsende vennootschap zullen worden behouden.

De gedetailleerdheid van de vermogensbeschrijving hangt af van de omstandigheden van het geval. De beschrijving zal voor sommige vermogensbestanddelen zeer precies moeten zijn. In de Memorie van toelichting wordt het voorbeeld genoemd van de rekening-courantverhoudingen met met name genoemde relaties en specifieke percelen grond.¹⁶⁶ Voor andere goederen kan een meer algemene omschrijving volstaan. De Memorie van toelichting geeft hierbij als voorbeeld goederen van een bepaalde soort of goederen, aangeduid naar de plaats waar zij zich bevinden. Ook kan in sommige gevallen worden volstaan met de nauwkeurige beschrijving van enkele vermogensbestanddelen enerzijds en anderzijds een verwijzing naar 'overige' vermogensbestanddelen. De gedetailleerdheid van een vermogensbeschrijving is sterk afhankelijk van het soort splitsing en de vermogensbestanddelen die overgaan. Met name bij homogene vermogensbestanddelen kan worden volstaan met een summiere beschrijving, tenzij de onderscheiden vermogensbestanddelen moeten worden toegeëld aan verschillende verkrijgende rechtspersonen. Een voorbeeld waarbij is voldaan aan de vereiste nauwkeurigheid is de beschrijving waarin is beschreven dat alle zich in Nederland bevindende registergoederen van de splitsende vennootschap overgaan op verkrijgende vennootschap A en de rest van het vermogen van de splitsende vennootschap op verkrijgende vennootschap B.

Waarden van over te gaan en te behouden vermogen

Het voorstel tot splitsing moet informatie bevatten over de waarde van het deel van het vermogen dat elke verkrijgende rechtspersoon zal verkrijgen en, indien van toepassing, de waarde van het deel dat de splitsende rechtspersoon zal behouden (artikel 2:334f lid 2 sub e BW). De waarden dienen te zijn bepaald naar de dag waarop de laatste jaarrekening of de tussentijdse vermogensopstelling betrekking heeft. Bij de te vermelden waarden dienen, in het geval sprake is van een hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW, waarbij de splitsende vennootschap vermogen afsplitst naar één of meer nieuw op te richten besloten vennootschappen of naamloze vennootschappen en de aandelen van die verkrijgende vennootschap

¹⁶⁶ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 10.

(pen) worden verkregen door de splitsende rechtspersoon, tevens de waarden van de aandelen die de splitsende rechtspersoon zal verkrijgen te worden vermeld. De vermelding van de waarden dient onder meer ter informatie van de schuldeisers van de splitsende rechtspersoon en de verkrijgende vennootschappen. Zij kunnen zich op die manier een oordeel vormen over de gegoedheid van hun wederpartij na de splitsing. Volgens de Memorie van toelichting dient de vermelding van de waarden als bedoeld in artikel 2:334f lid 2 sub e BW mede tot waarborg dat de rechtspersonen voldoen aan het vermogensvereiste als bedoeld in artikel 2:334d BW (zie tevens paragraaf 3.7.4.) en biedt de vermelding van de waarden de rechter houvast indien een schuldeiser verzet aantekent tegen de voorgenomen splitsing (zie tevens paragraaf 3.9.7.).¹⁶⁷ Bovendien kunnen, in het geval van een ruzië splitsing in de zin van artikel 2:334cc BW, ook de aandeelhouders van de splitsende vennootschap zich aan de hand van de in het voorstel tot splitsing beschreven waarden een beeld vormen van de waarden van het vermogen dat overgaat op de onderscheiden verkrijgende vennootschappen waar zij aandeelhouder van worden.

Toe te kennen rechten, vergoedingen en voordelen

Het voorstel tot splitsing dient te vermelden welke rechten of vergoedingen ten laste van de verkrijgende rechtspersonen worden toegekend op basis van artikel 2:334p BW. Krachtens dat artikel moeten degenen die een bijzonder recht hebben jegens de splitsende rechtspersoon, anders dan als lid (bij een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij) of aandeelhouder (bij een besloten vennootschap of naamloze vennootschap), zoals een recht op uitkering van de winst of tot het nemen van aandelen, zoals warrants of optierechten, ofwel (i) zodanige rechten in de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen krijgen, dat deze, indien van toepassing tezamen met de rechten in de voortbestaande splitsende rechtspersoon, gelijkwaardig zijn aan het recht dat zij hadden vóór de splitsing, danwel (ii) een schadeloosstelling krijgen. Uitkoop van houders van bijzondere rechten in de splitsende rechtspersoon in het kader van de splitsing is mogelijk.¹⁶⁸

Voordelen die worden toegekend aan een bestuurder of commissaris van een partij bij de splitsing moeten eveneens worden vermeld. Hetzelfde geldt voor een andere persoon die bij de splitsing is betrokken (artikel 2:334f lid 2 sub g BW). De Memorie van toelichting noemt het voorbeeld dat de bestuurders of commissarissen van een verdwijnende rechtspersoon een salarisgarantie of ontslaguitkering krijgen. Een letterlijke – maar mijn inziens onjuiste – interpretatie van artikel 2:334f lid 2 sub g BW zou kunnen leiden tot de conclusie dat eventuele voordelen aan bestuurders of commissarissen toegekend door de nieuw opgerichte, verkrijgende rechtspersoon – die geen partij is bij de splitsing op basis van artikel 2:334a lid 4 BW – niet vermeld hoeven worden. Naar mijn mening moeten ook die voordelen vermeld worden in het voorstel tot splitsing. Het gaat bij artikel 2:334f lid 2 sub g

¹⁶⁷ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 10.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 9.

BW immers primair om de personen die voordelen krijgen toegekend en niet om de rechtspersoon of rechtspersonen die de voordelen toekennen.

Samenstelling bestuur en raad van commissarissen

Het voorstel tot splitsing moet de voornemens vermelden over de samenstelling van de besturen en, indien van toepassing, van de raden van commissarissen van iedere verkrijgende rechtspersoon en de splitsende rechtspersoon na de splitsing (artikel 2:334g lid 2 sub h BW). Voor alle belanghebbenden bij de splitsing kan het van belang zijn wie de leden van het bestuur en de raad van commissarissen zullen zijn na de splitsing en daarom moeten die gegevens worden opgenomen in het voorstel tot splitsing. Omdat slechts het voornemen over de samenstelling van het bestuur en de eventuele raad van commissarissen moet worden vermeld, is het mogelijk bij de uiteindelijke benoeming van bestuurders en commissarissen af te wijken van het voorstel tot splitsing. Een motivering hierbij om welke redenen wordt afgeweken van het in het voorstel tot splitsing vermelde voornemen lijkt mij op zijn plaats.

Financiële verantwoording

Bij splitsing staat, net als bij fusie, continuïteit van financiële verslaggeving voorop. Door de splitsing mag er geen moment zijn waarop bepaalde activa en / of passiva niet worden verantwoord in hetzij de jaarrekening van de splitsende rechtspersoon, hetzij de jaarrekening van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen. Daartoe is in artikel 2:334f lid 2 sub i BW bepaald dat het voorstel tot splitsing moet vermelden het tijdstip met ingang waarvan financiële gegevens betreffende elk deel van het vermogen dat zal overgaan zal worden verantwoord in de jaarrekening van de verkrijgende rechtspersonen.¹⁶⁹ Hoewel splitsing juridisch gezien geen terugwerkende kracht kan hebben (zie tevens paragraaf 3.9.12.), kan aan een splitsing wel boekhoudkundig en fiscaal terugwerkende kracht worden verleend. Het moment van het boekhoudkundig van kracht worden van de splitsing behoeft naar mijn mening niet noodzakelijkerwijs voor alle verkrijgende rechtspersonen gelijk te zijn,¹⁷⁰ mits de continuïteit van de financiële verslaggeving gewaarborgd is.

Indien nieuwe rechtspersonen worden opgericht in het kader van de splitsing, kan de splitsing boekhoudkundig verder terugwerken dan tot het moment van oprichting van de verkrijgende rechtspersoon, maar in ieder geval kan de splitsing niet verder terugwerken dan tot het moment van oprichting van de splitsende rechtspersoon of tot het moment van het einde van de laatste periode waarover de splitsende rechtspersoon een jaarrekening zal opstellen.¹⁷¹ Op dat moment begint immers

169 Een juridische fusie kan op dezelfde wijze boekhoudkundig terugwerkende kracht hebben. Zie hiervoor: artikel 2:312 lid 2 sub f BW en artikel 2:321 BW.

170 Boschma en Schutte-Veenstra 2011, commentaar bij art. 2:334q BW, aant. 2. Anders: Van der Zanden 1997, p. 263 – 268.

171 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 129.

ook het eerste boekjaar van die rechtspersoon. Indien reeds bestaande rechtspersonen vermogensbestanddelen in het kader van de splitsing verkrijgen, kan de splitsing boekhoudkundig terugwerken tot het begin van het boekjaar van de verkrijgende rechtspersoon.

Maatregelen in verband met verkrijging van aandelen en lidmaatschapsrechten

Door de splitsing worden de leden of aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon in principe lid of aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersoon (artikel 2:334e lid 1 BW). Op dit principe bestaan enkele uitzonderingen, zoals in het geval van de hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW en de driehoeksplitsing in de zin van artikel 2:334ii BW. Krachtens artikel 2:334f lid 2 sub j BW moet het voorstel tot splitsing vermelden welke maatregelen worden getroffen in verband met het verkrijgen door de leden of aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon van het lidmaatschap of de aandelen van de verkrijgende rechtspersonen. Volgens de Memorie van toelichting kunnen leden of aandeelhouders op die manier te weten komen op welke wijze hun lidmaatschaps- en aandeelbewijzen worden verstrekt.¹⁷²

De aandelen of lidmaatschapsrechten worden van rechtswege toegekend aan de leden of aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon. De toekenning van aandelen is geen uitgifte in de zin van artikel 2:86 BW of artikel 2:196 BW. De formaliteiten die zijn opgenomen in die artikelen gelden dan ook niet bij de toekenning van aandelen in het kader van een splitsing. De aandelen worden ook niet geplaatst.¹⁷³ Dortmund heeft dat verdedigd wat betreft de toekenning van aandelen in het kader van juridische fusie en ik zie niet in waarom dat bij splitsing anders zou zijn.

Buijn noemt in het Preadvies van de Vereniging Handelsrecht als voorbeeld van toepassing van artikel 2:334f lid 2 sub j BW de uitwerking hoe een houder van aandelen op naam in een beursgenoteerde vennootschap certificaten aan toonder kan verkrijgen in een verkrijgende vennootschap.¹⁷⁴ Een ander voorbeeld van toepassing van artikel 2:334f lid 2 sub j BW is een beschrijving hoe de toekenning van lidmaatschapsrechten of aandelen in de verkrijgende rechtspersoon plaatsvindt indien de leden of aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon reeds lid of aandeelhouder zijn van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen.

Op basis van artikel 2:334ii lid 3 BW geldt ook de groepsmaatschappij die aandelen toekent als partij bij de splitsing. Artikel 2:334f lid 2 sub j BW geldt daarom ook voor de groepsmaatschappij die aandelen toekent.

¹⁷² *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 10.

¹⁷³ Dortmund en Raaijmakers 1980, p. 17, 18 en Dortmund 1989, p. 117.

¹⁷⁴ Buijn 1996, p. 61.

Voornemens omtrent voortzetting of beëindiging werkzaamheden

Het voorstel tot splitsing moet mededelingen bevatten over de voornemens omtrent voortzetting of beëindiging van werkzaamheden. Op die manier kunnen werknemers beoordelen of de activiteiten die na de splitsing worden uitgeoefend door een rechtspersoon, ook de rechtspersoon zal zijn op wie de arbeidsverhouding overgaat.

Goedkeuring van besluit tot splitsing

In sommige gevallen moet het besluit tot splitsing, dat in principe genomen wordt door de algemene vergadering, worden goedgekeurd. Hierbij valt te denken aan een toestemming van een ander orgaan dan de algemene vergadering die vereist is krachtens de statuten, of op basis van de wet, zoals het geval is bij de goedkeuring door de raad van commissarissen (artikel 2:334f lid 4 BW. Een vereiste goedkeuring kan ook uit een andere wet voortvloeien, zoals bijvoorbeeld een vereiste goedkeuring krachtens publiekrechtelijke wetgeving.

3.9.2.2 Inhoud van het voorstel tot splitsing bij splitsing waarbij NV's of BV's zijn betrokken

Indien naamloze vennootschappen of besloten vennootschappen zijn betrokken bij een splitsing, gelden naast de bepalingen van Afdeling 2.7.4 BW enkele extra bepalingen, die opgenomen zijn in Afdeling 2.7.5. BW. Indien bij een splitsing naamloze vennootschappen of besloten vennootschappen zijn betrokken, gelden ook voor de opstelling van het voorstel tot splitsing aanvullende vereisten. De extra vereisten voor het voorstel tot splitsing zijn opgenomen in artikel 2:334f lid 4 BW en in artikel 2:334y BW.

Invloed op goodwill en uitkeerbare reserves

Indien de partijen bij de splitsing naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen, coöperaties of onderlinge waarborgmaatschappijen zijn, moet het voorstel tot splitsing eveneens de invloed vermelden die de splitsing heeft op de grootte van de goodwill en de uitkeerbare reserves van zowel de verkrijgende rechtspersonen als van de voortbestaande splitsende rechtspersoon (artikel 2:334f lid 4 tweede zin BW). In het Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht is – mijn inziens terecht – opgemerkt dat de plaatsing van dit vereiste in lid 4 van artikel 2:334f enigszins vreemd is. De eerste zin van artikel 2:334f lid 4 BW gaat immers over de goedkeuring van het voorstel tot splitsing door de raad van commissarissen. Idealiter zou de inhoud van de tweede zin van artikel 2:334f lid 4 BW gevoegd worden bij lid 2 van artikel 2:334f BW.¹⁷⁵

Door de vermelding van de invloed van de splitsing op de goodwill en de uitkeerbare reserves kunnen aandeelhouders, maar ook crediteuren, zich een beeld vormen van de samenstelling van het vermogen en de winstgevendheid na de

¹⁷⁵ Buijn 1996, p. 62.

splitsing. Indien bij een splitsing nieuwe vennootschappen worden opgericht, zal (een gedeelte van) het verkregen vermogen kunnen worden aangewend als aandelenkapitaal en een gedeelte voor de vorming van vrij uitkeerbare reserves. Dat heeft invloed op de omvang van de vrij uitkeerbare reserves voor de aandeelhouders van de splitsende vennootschap en de verkrijgende vennootschap(pen).¹⁷⁶

Ruilverhouding

Het voorstel tot splitsing moet tevens gegevens bevatten over de ruilverhouding van de aandelen (artikel 2:334y sub a BW). Exact moet worden omschreven hoeveel aandelen toegekend worden in een verkrijgende vennootschap in ruil voor de aandelen in de splitsende vennootschap. Wanneer aandeelhouders slechts een klein belang hebben in de splitsende vennootschap, kan het voorkomen dat zij krachtens de ruilverhouding geen recht hebben op een enkel aandeel. In dat geval krijgen zij een bijbetaling in geld, waarvan het gezamenlijke bedrag niet meer mag bedragen dan één tiende van het nominale bedrag van de door de betrokken vennootschap toegekende aandelen (artikel 2:334x lid 2 BW). De Zesde richtlijn staat een bijbetaling hoger dan 10% van de nominale waarde van de toegekende aandelen toe (artikel 24 Zesde richtlijn).

Indien aandelen of certificaten van aandelen in het kapitaal van de splitsende vennootschap zijn toegelaten tot de handel aan een effectenbeurs, kan de ruilverhouding afhankelijk zijn van een prijs van die aandelen of certificaten op die beurs op één of meer in het voorstel tot splitsing te bepalen tijdstippen, gelegen vóór de dag waarop de splitsing van kracht wordt (artikel 2:334x lid 1 BW). Op die manier wordt de splitsende beursvennootschap in de gelegenheid gesteld de ruilverhouding afhankelijk te maken van de beurskoers.¹⁷⁷

Bij de oprichting van een nieuwe vennootschap in het kader van een splitsing, is de ruilverhouding vooral van belang indien de aandeelhouders van de splitsende vennootschap niet naar evenredigheid aan hun belang in de splitsende vennootschap aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap (er is dan sprake van een 'onevenredige splitsing'). Tevens is de mededeling omtrent de ruilverhouding van belang als een reeds bestaande vennootschap vermogen verkrijgt in het kader van een splitsing.¹⁷⁸ De aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap kunnen zich dan een beeld vormen over de aandelen die in het kader van de splitsing zullen worden toegekend aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap en zullen zich een oordeel kunnen vormen over de 'verwatering' van hun belang in de verkrijgende vennootschap ten gevolge van de splitsing.

176 Van Olfen, Buijn en Simonis 2004, p. 52, 53.

177 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 26.

178 Buijn 1996, p. 63.

Moment van winstdeling

Het voorstel tot splitsing vermeldt eveneens met ingang van welk tijdstip en in welke mate de aandeelhouders van de splitsende vennootschap zullen delen in de winst van de verkrijgende vennootschappen (artikel 2:334y sub b BW). In de meeste gevallen ligt het voor de hand dat de aandeelhouders van de splitsende vennootschap delen in de winst per het moment waarop de splitsing economisch van kracht wordt.

Intrekking aandelen met toepassing van artikel 2:334x BW

Het voorstel tot splitsing moet eveneens vermelden hoeveel aandelen zullen worden ingetrokken met toepassing van artikel 2:334x lid 3 BW. In het kader van een splitsing zal in beginsel iedere verkrijgende vennootschap aandelen moeten toekennen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap. Het maatschappelijk kapitaal van de verkrijgende vennootschap moet daar echter wel de ruimte toe bieden. Indien de toekenning van aandelen niet past binnen het maatschappelijk kapitaal, zal het maatschappelijk kapitaal voorafgaande aan het van kracht worden van de splitsing of in het kader van de splitsing moeten worden verhoogd. Indien het maatschappelijk kapitaal genoeg ruimte biedt voor de toekenning van de aandelen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap, kan het zo zijn dat niet genoeg aandelen kunnen worden toegekend omdat de vennootschap zelf aandelen houdt in haar eigen kapitaal of die aandelen krachtens de splitsing onder algemene titel verkrijgt. In dat geval opent artikel 2:334x lid 3 BW de mogelijkheid dat de verkrijgende vennootschap de aandelen die zij houdt in haar eigen kapitaal of krachtens de splitsing verkrijgt, intrekt. Die intrekking kan geschieden tot ten hoogste het bedrag van de aandelen die zij toekent aan haar nieuwe aandeelhouders. Het is niet mogelijk dat de aandelen die de verkrijgende vennootschap zelf houdt of in het kader van de splitsing verkrijgt, worden toegekend aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap.

Gevolgen voor houders van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen

Sinds het van kracht worden van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht per 1 oktober 2012,¹⁷⁹ is het mogelijk dat in de statuten van een besloten vennootschap bepaald is dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst of de reserves van de vennootschap (artikel 2:216 lid 7

179 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), Stb. 2012, 299, Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), Stb. 2012, 300 en Besluit van 29 juni 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Stb. 2012, 301.

BW), dan wel dat aan aandelen van een bepaalde soort of aanduiding geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden (artikel 2:228 lid 5 BW).

Bij de opstelling van het voorstel tot splitsing moet rekening gehouden worden met de positie van houders van stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen in een besloten vennootschap. In het voorstel tot splitsing moeten de gevolgen van de splitsing voor de houders van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen uiteen worden gezet (artikel 2:334y sub d BW).¹⁸⁰ Die gevolgen kunnen bijvoorbeeld bestaan uit (i) de toekenning van aandelen zonder stemrecht en/of winstrecht in een verkrijgende besloten vennootschap, (ii) de toekenning van aandelen met (beperkt) stemrecht of (beperkt) winstrecht in een verkrijgende besloten vennootschap of naamloze vennootschap of (iii) de mogelijkheid dat stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen na de splitsing niet ‘terugkomen’ als ‘gewone’ aandelen met stemrecht en winstrecht bij de verkrijgende naamloze vennootschap en de houders van stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen in ruil daarvoor een schadeloosstelling kunnen ontvangen.¹⁸¹ Indien in het kader van een splitsing een naamloze vennootschap of besloten vennootschap zonder stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen ophoudt te bestaan en de verkrijgende besloten vennootschap kent stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen toe, dan zal dit naar mijn mening ook in het voorstel tot splitsing moeten worden vermeld.

De hoogte voor schadeloosstelling voor een aandeel met toepassing van artikel 2:334ee1 BW

Tevens moet het voorstel tot splitsing de hoogte van de schadeloosstelling voor een aandeel zonder winstrecht of stemrecht bevatten (artikel 2:334y sub e BW) en het totaalbedrag waarvoor ten hoogste schadeloosstelling kan worden verzocht (artikel 2:334y sub f BW).

Met het amendement van de Kamerleden Van der Steur en Van Toorenborg is in het Gewijzigd voorstel van wet ook opgenomen dat de hoogte van de schadeloosstelling voor een aandeel in het voorstel tot splitsing moet worden vermeld (artikel 2:334y sub e BW). Dit impliceert dat de hoogte van de schadeloosstelling moet worden vastgesteld vóórdat het voorstel tot splitsing wordt gedeponereerd.¹⁸²

Ook moet in het voorstel tot splitsing worden vermeld voor welk bedrag ten hoogste schadeloosstelling kan worden verzocht (artikel 2:334y sub f BW). Het

¹⁸⁰ Roelofs 2012-VI, p. 12, 13.

¹⁸¹ In het oorspronkelijke wetsvoorstel betreffende de flexibilisering van het BV-recht was niet duidelijk hoe de uittreedregeling en schadeloosstellingsregeling in de fusie- en splitsingsregeling werd ingepast. Door middel van het amendement van de Kamerleden Van der Steur en Van Toorenborg is de fusie- en splitsingswetgeving aangepast aan de uittreedregeling en schadeloosstellingsregeling. Zie: *Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 25 (Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)), p. 8. Het amendement is later opgenomen in het Gewijzigd voorstel van wet, zoals toegestuurd aan de Eerste Kamer op 14 oktober 2011.

¹⁸² *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 426, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 29.

maximum wordt bepaald door de grenzen die gelden met toepassing van artikel 2:334e1 BW.¹⁸³ Het kapitaal van de verkrijgende vennootschap en de voortbestaande gesplitste vennootschap mag ten gevolge van de schadeloosstelling van de houders van stemrechtloze of winstrechtloze aandelen niet minder bedragen dan het (statutair) minimumkapitaal.

In het Gewijzigd amendement is nog opgemerkt dat, indien alle aandeelhouders hebben verklaard af te zien van het uittreedrecht, de gegevens over de hoogte van de schadeloosstelling per aandeel en het totaalbedrag van de uit te keren schadeloosstellingen niet hoeven worden opgenomen.¹⁸⁴ Op zich is dat een logische gedachte, die mede gebaseerd is op de flexibiliteit die met de wetgeving omtrent de Flex-BV wordt beoogd. Het zou vreemd zijn de gegevens omtrent schadeloosstelling op te nemen indien de aandeelhouders daar geen gebruik van wensen te maken. Aan de andere kant dient het voorstel tot splitsing ertoe de aandeelhouders, waaronder ook de houders van aandelen zonder stemrecht of winstrecht, te informeren over de voorgenomen splitsing. Door middel van het voorstel tot splitsing kunnen zij een mening vormen over de splitsing en afhankelijk daarvan kunnen zij beslissen al dan niet gebruik te maken van het recht op schadeloosstelling. Het is daarom vreemd dat alle aandeelhouders kunnen afzien van het recht op schadeloosstelling en daarom al vóór de terinzagelegging van het voorstel tot splitsing wel zodanig geïnformeerd moeten zijn over de splitsing om af te zien van die schadeloosstelling, omdat anders de gegevens omtrent de schadeloosstelling in het voorstel tot splitsing zouden moeten worden opgenomen.

3.9.3 Toelichting op het voorstel tot splitsing

Bij het voorstel tot splitsing hoort een schriftelijke toelichting. Het voorstel tot splitsing is één eensluitend document, opgesteld door de besturen van alle rechtspersonen die bij de splitsing partij zijn (artikel 2:334g lid 1 BW). De toelichting op het voorstel tot splitsing is daarentegen een document dat wordt opgesteld door het bestuur van iedere rechtspersoon die partij is bij de splitsing. Dat betekent dat voor iedere partij bij de splitsing een aparte toelichting moet worden opgesteld. De toelichting op het voorstel tot splitsing heeft primair het doel het informeren van de leden of aandeelhouders en bijzonder gerechtigden.

De toelichting op het voorstel tot splitsing dient ter uiteenzetting van de redenen voor de splitsing en de verwachte gevolgen voor de werkzaamheden en een toelichting vanuit een juridisch, economisch en sociaal oogpunt (artikel 2:334g

¹⁸³ In het Gewijzigd amendement van de leden Van der Steur en Van Toorenburg ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 17 (*Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 25 (gewijzigd amendement van de leden Van der Steur en Van Toorenburg ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 17), p. 8 wordt verwezen naar artikel 2:334ee BW. Naar mijn mening is dat een kennelijke verschrijving en is artikel 2:334e1 BW bedoeld.

¹⁸⁴ *Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 25 (gewijzigd amendement van de leden Van der Steur en Van Toorenburg ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 17), p. 8.

lid 1 BW). Mede omdat voor iedere partij bij de splitsing de redenen voor de splitsing anders kunnen zijn, omdat splitsing kan leiden tot een ontvlechting van een onderneming aan de zijde van de splitsende rechtspersoon en concentratie aan de zijde van de verkrijgende rechtspersoon en omdat de toelichting vanuit een juridisch, economisch en sociaal oogpunt per partij bij de splitsing kan verschillen, is een toelichting per rechtspersoon vereist. Het geval kan zich voordoen dat de omstandigheden waaronder de splitsing plaatsvindt voor alle partijen bij de splitsing gelijk zijn. Mijn inziens kan dan volstaan worden met een eensluidende toelichting, maar dit ontslaat de besturen van iedere partij bij de splitsing niet van de verplichting een toelichting op het voorstel tot splitsing op te stellen.

Indien een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt gesplitst of bij de splitsing wordt opgericht, dient de toelichting op het voorstel tot splitsing aanvullende gegevens te bevatten, welke zijn opgesomd in artikel 2:334z BW. De toelichting dient dan te bevatten: (i) volgens welke de methode(n) de ruilverhouding is vastgesteld, (ii) of deze methode(n) in het gegeven geval passen, (iii) tot welke waardering elke methode leidt, (iv) de al dan niet maatschappelijke aanvaardbaarheid van het gewicht van de methoden die bij de waardering zijn gebruikt, indien meerdere waarderingmethoden zijn gebruikt en (v) welke bijzondere moeilijkheden er eventueel zijn geweest bij de waardering en bij de bepaling van de ruilverhouding.

Bij fusie kunnen de leden of aandeelhouders van de fuserende rechtspersonen er mee instemmen dat een toelichting op het voorstel tot fusie achterwege blijft (artikel 2:313 lid 4 BW).¹⁸⁵ Het bestuur is dan niet verplicht een toelichting op het voorstel tot fusie op te maken. Vanwege de gelijkenissen tussen de fusiewetgeving enerzijds en de splitsingswetgeving anderzijds zou te verwachten zijn dat de mogelijkheid af te zien van een toelichting op het voorstel tot splitsing ook zou gelden bij splitsing. Dat is echter niet het geval. Bij splitsing kunnen leden of aandeelhouders er niet mee instemmen dat een toelichting op het voorstel tot splitsing achterwege blijft. De Zesde richtlijn biedt daar niet de ruimte toe.¹⁸⁶ Wel zijn, hoe merkwaardig dat ook moge zijn, artikel 2:334g en 2:334x BW niet van toepassing bij de evenredige splitsing als bedoeld in artikel 2:334hh lid 2 BW (zie tevens paragraaf 3.8.8.). Bij de evenredige splitsing is helemaal geen toelichting op het voorstel tot splitsing vereist.¹⁸⁷ Bij de hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW is wel een toelichting op het voorstel tot splitsing vereist, zij het dat in dat geval de toelichting slechts de gegevens hoeft te bevatten als bedoeld in artikel 2:334g BW en niet die als opgenomen in artikel 2:334x BW. Gegevens over de ruilverhouding hoeft de toelichting op het voorstel tot splitsing dan niet te bevatten.

185 Van Eck 2010, p. 9 – 12.

186 Van Eck en Roelofs 2010-II, p. 108 – 112.

187 Roelofs en Van Eck 2011, p. 132.

3.9.4 Accountantsverklaringen

De accountant heeft bij een splitsing waarbij een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt gesplitst of wordt opgericht een ruime taak toebedeeld gekregen. De belangrijkste regels omtrent de rol van de accountant bij een splitsing zijn opgenomen in artikel 2:334aa BW. Het bestuur dient in het kader van een splitsing een accountant aan te wijzen. Alleen een accountant in de zin van artikel 2:393 BW kan worden aangewezen: een registeraccountant of een Accountant-Administratieconsulent ten aanzien van wie bij de inschrijving in het accountantsregister een aantekening is geplaatst dat hem het in artikel 2:393 lid 2 BW bedoelde onderzoek van jaarrekeningen kan worden opgedragen.

Bij een splitsing heeft de accountant vier taken: (i) hij moet het voorstel tot splitsing onderzoeken, (ii) hij moet verklaren *of* de voorgestelde ruilverhouding van de aandelen naar zijn oordeel, mede gelet op de bijgevoegde stukken, redelijk is (artikel 2:334aa lid 1 BW), (iii) hij moet, indien de splitsende vennootschap voortbestaat, verklaren dat de waarde van het deel van het vermogen dat de vennootschap zal behouden, vermeerderd met de waarde van aandelen in het kapitaal van verkrijgende vennootschappen die zij bij de splitsing verkrijgt, bepaald naar de dag waarop haar jaarrekening of tussentijdse vermogensopstelling betrekking heeft en bij toepassing van in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar beschouwde waarderingsmethoden, ten minste overeen kwam met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de reserves die de vennootschap onmiddellijk na de splitsing krachtens de wet of de statuten moet aanhouden en vermeerderd met het totaalbedrag van de schadeloosstelling waarop houders van aandelen zonder stemrecht of winstrecht recht kunnen doen gelden – ook wel de ‘ten minste-verklaring’ genoemd – (artikel 2:334aa lid 2 BW) en (iv) hij moet een verslag opstellen, waarin hij zijn oordeel geeft over de mededelingen die het bestuur heeft gedaan in de toelichting op het voorstel tot splitsing ten aanzien van de ruilverhouding.

Noch uit de wet, noch uit de Memorie van toelichting is af te leiden wat het ‘onderzoek’ van de accountant als bedoeld in artikel 2:334aa lid 1 BW precies behelst.¹⁸⁸ Ik neem aan dat de accountant zelf kan bepalen hoe hij het voorstel tot splitsing gaat onderzoeken. Over het onderzoek zelf hoeft de accountant ook niets te verklaren. Het onderzoek dient zo diepgravend te zijn, dat hij kan verklaren of de voorgestelde ruilverhouding redelijk is. De accountant hoeft niet te verklaren dat de ruilverhouding redelijk is, hij hoeft slechts te verklaren of de ruilverhouding redelijk is. Een redelijke ruilverhouding is geen constitutief vereiste voor de totstandkoming van de splitsing. Dat is slechts anders bij de ruziesplitsing in de zin van artikel

188 Leidraad 13, getiteld ‘Juridische fusie en splitsing’ van het Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants en de Nederlandse Orde van Accountants-Administratieconsulenten (thans: Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants), p. 13, bevat eveneens geen leidraad voor de inhoud van het onderzoek van de accountant in het kader van een fusie of splitsing.

2:334cc BW. Bij die vorm van splitsing moet de accountant wel verklaren dat de ruilverhouding redelijk is (artikel 2:334cc lid 1 sub c BW). De verklaring ten aanzien van de ruilverhouding verschaft de aandeelhouders van de splitsende vennootschap inzicht in de ruil van aandelen.

De ‘ten minste-verklaring’, welke vereist is indien de splitsende vennootschap voortbestaat (artikel 2:334aa lid 2 BW), is een regel die ziet op de controle of voldaan is aan regels van kapitaalbescherming van de splitsende vennootschap. Deze regel vloeit niet voort uit de Zesde richtlijn betreffende splitsing, maar uit de Tweede richtlijn betreffende kapitaalbescherming.¹⁸⁹ Bij de ‘ten minste-verklaring’ moet de accountant verklaren dat de waarde van het behouden vermogen – vermeerderd met de aandelen in de verkrijgende vennootschappen die zij verkrijgt, zoals bij een splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW – ten minste overeen kwam met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal en de reserves die de vennootschap moet aanhouden, alsmede het totaalbedrag van de schadeloosstelling waarop houders van aandelen zonder stemrecht of winstrecht recht kunnen doen gelden. Opgemerkt dient te worden dat het enigszins opmerkelijk is dat de ‘ten minste verklaring’ nog steeds vereist is in het geval de verkrijgende vennootschap een besloten vennootschap is, waarvoor geen minimumkapitaal meer geldt. Toch heeft de wetgever de ‘ten minste verklaring’ gehandhaafd.

Deze toevoeging dat de verklaring tevens moet zien op het totaalbedrag van de schadeloosstellingen waarop houders van aandelen zonder stemrecht of winstrecht recht kunnen doen gelden is ingevoerd met het van kracht worden van de wetgeving omtrent de flexibele BV per 1 oktober 2012 naar aanleiding van een amendement van de Kamerleden Van der Steur en Van Toorenburg.¹⁹⁰ Deze regel is gebaseerd en geïnspireerd op de schadeloosstellingsregeling waarop minderheidsaandeelhouders aanspraak kunnen maken bij een grensoverschrijdende fusie krachtens artikel 2:333h BW en waarmee bij de ‘ten minste verklaring’ rekening moet worden gehouden (artikel 2:333g BW). De schadeloosstelling – zowel die bij grensoverschrijdende fusie als die bij nationale fusie en nationale splitsing waarbij een schadeloosstelling wordt toegekend aan houders van aandelen zonder stemrecht of winstrecht – is in de visie van de wetgever gelijk te stellen aan een vermindering van het eigen vermogen van de – in dit geval gesplitste – vennootschap en daarom moet ook de schadeloosstelling worden betrokken in de ten minste-verklaring.¹⁹¹

Ten slotte moet de accountant een verslag opstellen waarin hij zijn oordeel geeft over de mededelingen die het bestuur heeft gedaan in de toelichting op het voorstel tot splitsing (artikel 2:334aa lid 3 BW).

189 Van Eck en Roelofs 2010-III, p. 61.

190 *Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 25 (Gewijzigd amendement van de leden Van der Steur en Van Toorenburg ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 17), p. 6.

191 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929, nr. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 15.

Op basis van artikel 2:334aa lid 7 BW, ingevoerd bij wet van 12 mei 2011,¹⁹² van kracht geworden per 1 juli 2011,¹⁹³ kunnen de aandeelhouders van elke partij bij de splitsing ermee instemmen dat artikel 2:334aa lid 1 en lid 3 BW buiten toepassing blijven. De accountant hoeft het voorstel tot splitsing dan niet te onderzoeken, hoeft niet te verklaren of de ruilverhouding redelijk is en hoeft ook geen verslag op te stellen. De aandeelhouders van alle partijen bij de splitsing moeten instemmen met het achterwege laten van deze handelingen van de accountant. Niet kan worden afgezien van de ‘ten minste-verklaring’ als bedoeld in artikel 2:334aa lid 2 BW. Die verklaring heeft, zoals gezegd, haar grondslag in de Tweede richtlijn betreffende kapitaalbescherming. Het dwingende karakter van de kapitaalbescherming leidt ertoe dat de ‘ten minste-verklaring’ vereist is en dat daar niet van kan worden afgezien. Indien echter sprake is van een evenredige splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 2 BW, is artikel 2:334aa BW in het geheel niet van toepassing. Dat betekent dat bij een evenredige splitsing zelfs de ‘ten minste-verklaring’ niet vereist is.¹⁹⁴ Uiteraard blijft wel ook bij de evenredige splitsing het vermogensvereiste, zoals opgenomen in artikel 2:334w BW, gelden voor de voortbestaande splitsende vennootschap. Het achterwege laten van de ‘ten minste-verklaring’ betreft slechts een controlevoorschrift dat niet van toepassing is bij de evenredige splitsing.

In beginsel is slechts de betrokkenheid van één accountant vereist. Dat geldt echter niet indien twee of meer partijen bij de splitsing naamloze vennootschappen zijn. In dat geval moet er voor iedere naamloze vennootschap een accountant aangewezen worden. De Zesde richtlijn schrijft dat voor (artikel 9 lid 1 aanhef en sub e Zesde richtlijn). Niettemin kunnen de besturen van de partijen bij de splitsing, indien daaronder twee of meer naamloze vennootschappen zijn, één accountant aanwijzen, indien de voorzitter van de Ondernemingskamer de aanwijzing op het eenparig verzoek van die besturen, heeft goedgekeurd (artikel 2:334aa lid 4 BW).

De benodigde goedkeuring van de aanwijzing van één accountant is slechts vereist indien twee of meer naamloze vennootschappen partij zijn bij de splitsing. Partij bij de splitsing is de splitsende vennootschap en iedere verkrijgende vennootschap, voorzover deze niet bij de splitsing wordt opgericht (artikel 2:334a lid 4

192 Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259), Stb. 2011, 234.

193 Besluit van 14 juni 2011 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259) en artikel I van de Wet van 20 mei 2010 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met lastenverlichting voor burgers en bedrijfsleven, Stb. 2011, 294.

194 Roelofs en Van Eck (2011), p. 132.

BW). De goedkeuring van de aanwijzing van één accountant is derhalve alleen aan de orde indien de splitsende vennootschap een naamloze vennootschap is en ten minste één verkrijgende vennootschap een reeds bestaande naamloze vennootschap is.

Uit de beschikkingen van de Ondernemingskamer ten aanzien van de benoeming van één accountant als twee of meer naamloze vennootschappen partij zijn bij de splitsing blijkt dat met name gekeken wordt of de belangen van minderheidsaandeelhouders voldoende worden gewaarborgd indien de aanwijzing van één accountant wordt goedgekeurd. Hierbij kan voorts spelen of de splitsing zich binnen een concern afspeelt, of de vennootschappen beursgenoteerd zijn en wat de aard is van de ondernemingen.

Voor de uitleg van artikel 2:334aa lid 4 BW kan te rade worden gegaan bij eerdere beschikkingen van de Ondernemingskamer in dezen of in het kader van goedkeuring van de aanwijzing van één accountant bij een fusie waarbij ten minste twee naamloze vennootschappen zijn betrokken. In 1999 oordeelde de Ondernemingskamer dat *in beginsel* voor de fusie waarbij twee of meer naamloze vennootschappen zijn betrokken ook twee accountants aangewezen dienden te worden.¹⁹⁵ De Ondernemingskamer motiveerde dit door te stellen dat de door partijen voorgestelde accountant belast was met de controle van de jaarrekening in de zin van artikel 2:393 BW van beide naamloze vennootschappen. De Ondernemingskamer zag in dat geval een bezwaar als die accountant ook het voorstel tot fusie zou onderzoeken, een verklaring zou afleggen over de ruilverhouding, een 'ten minste-verklaring' zou afgeven en een verslag zou opstellen. In 2000 oordeelde de Ondernemingskamer dat, in afwijking van het algemene uitgangspunt dat twee accountants worden aangewezen, één accountant kan worden aangewezen, omdat er geen reden was te twijfelen aan de kwalificatie van de voorgestelde accountant, aangezien die accountant niet verbonden was aan de accountant die het onderzoek van de jaarrekening in de zin van artikel 2:393 BW verrichtte.¹⁹⁶

Indien bij een splitsing een naamloze vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap, zijn op basis van artikel 2:334bb lid 1 BW bepaalde leden van artikel 2:94a en 2:94b BW van toepassing. Dat betekent dat bij de oprichting van een naamloze vennootschap in het kader van een splitsing, de oprichters een beschrijving maken van het hetgeen wordt ingebracht en de accountant daarover een verklaring moet afleggen (artikel 2:94a lid 1, 2 BW). In bepaalde gevallen is de beschrijving en de accountantsverklaring echter niet vereist (artikel 2:94a lid 6 BW). Indien een reeds bestaande naamloze vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap en aandelen toekent in het kader van de splitsing, is artikel 2:94b BW, betreffende de inbreng op aandelen anders dan in geld na oprichting, van overeenkomstige toepassing. In dat geval moet de vennootschap een beschrijving maken van hetgeen wordt ingebracht en daarbij moet een accountantsverklaring

¹⁹⁵ Hof Amsterdam (OK) 8 november 1999, NJ 2000, 396, ABN Amro Netherlands Fund N.V.

¹⁹⁶ Hof Amsterdam (OK) 20 april 2000, NJ 2000, 397, ABN Amro Mix Umbrella Fund N.V.

afgelegd worden (artikel 2:94b lid 1, 2 BW). Ook van de beschrijving en accountantsverklaring kan worden afgezien op basis van artikel 2:94b lid 6 BW. De inbrengbeschrijving en inbrengverklaring bij splitsing gelden per 1 oktober 2012 alleen nog indien een naamloze vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap. Voor de in het kader van een splitsing verkrijgende besloten vennootschap is de analoge toepassing van artikel 2:204a en artikel 2:204b BW bij splitsing per 1 oktober 2012 geschrapt.

Ook voor de naamloze vennootschap die bij de splitsing optreedt als verkrijgende vennootschap geldt artikel 2:334bb BW niet altijd. Bij een evenredige splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 2 BW, waarbij een naamloze vennootschap wordt opgericht als verkrijgende vennootschap, geldt artikel 2:334bb BW en daarmee ook artikel 2:94a en 2:94b BW niet. Dat neemt echter niet weg dat, indien een naamloze vennootschap wordt opgericht bij een splitsing, de naamloze vennootschap niet zou hoeven voldoen aan de kapitaaleisen van artikel 2:67 BW. Het niet van toepassing zijn van artikel 2:334bb BW bij de evenredige splitsing betreft slechts een controlevoorschrift dat achterwege is gelaten.¹⁹⁷

3.9.5 Terinzagelegging

Het voorstel tot splitsing en de toelichting op het voorstel tot splitsing dienen ertoe de belanghebbenden bij de splitsing te informeren over de voorgenomen splitsing. Daartoe moeten het voorstel tot splitsing, bepaalde overige bescheiden en de toelichting op het voorstel tot splitsing openbaar worden gemaakt, zodat belanghebbenden kennis kunnen nemen van de voorgenomen splitsing.

Twee vormen van openbaarmaking kunnen worden onderscheiden: de terinzagelegging ten kantore van het handelsregister, welke primair is gericht op de informatievoorziening van derden, en de terinzagelegging ten kantore van de rechtspersoon, welke primair is gericht op de informatievoorziening van leden of aandeelhouders van de rechtspersoon of degenen die een bijzonder recht hebben jegens de rechtspersoon.

Krachtens artikel 2:334h lid 1 BW moet elke partij bij de splitsing – i.e. de splitsende rechtspersoon, iedere verkrijgende rechtspersoon en bij een driehoeksplitsing, de groepsmaatschappij die aandelen toekent aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap – neerleggen ten kantore van het handelsregister: (i) het voorstel tot splitsing, (ii) de laatste drie vastgestelde jaarrekeningen of andere financiële verantwoordingen van de partijen bij de splitsing, met de accountantsverklaringen daarbij, voor zover deze stukken ter inzage liggen of moeten liggen, (iii) de jaarverslagen van de partijen bij de splitsing over de laatste drie afgesloten jaren, voor zover deze ter inzage liggen of moeten liggen en (iv) de tussentijdse vermogensopstellingen of niet vastgestelde jaarrekeningen, voor zover vereist

¹⁹⁷ Van Eck en Roelofs 2012-II, p. 15 – 17.

ingevolge artikel 2:334g lid 2 en voor zover de jaarrekening van de rechtspersoon ter inzage moet liggen.

Rechtspersonen die korter dan drie jaren vóór het neerleggen van het voorstel tot splitsing zijn opgericht en partij zijn bij de splitsing, hebben nog niet drie afgesloten boekjaren en beschikken derhalve ook niet over de drie laatst vastgestelde jaarrekeningen. Voor die rechtspersoon zou dan moeten kunnen worden volstaan met terinzagelegging van de meest recente jaarrekeningen.

In sommige gevallen kan het voorkomen dat één of meerdere jaarrekeningen niet voldoen aan de jaarrekeningvereisten. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien een moedervenootschap in een concern geen geconsolideerde jaarrekening heeft opgesteld, ondanks de verplichting daartoe. Daarnaast kan het voorkomen dat een vennootschap, in weerwil van een wettelijke verplichting, geen jaarrekening of jaarrekeningen heeft vastgesteld. In dat geval volstaat het de beschikbare jaarrekeningen ten kantore van het handelsregister neer te leggen. Het niet voldaan zijn aan de jaarrekeningvereisten doet naar mijn mening niet af aan de geldigheid van de neerlegging.¹⁹⁸

Bij de splitsing waarbij een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt gesplitst of wordt opgericht, moet tevens, indien van toepassing, de verklaring van de accountant ten aanzien van de ruilverhouding en de ‘ten minste-verklaring’ ter inzage worden gelegd bij het handelsregister (artikel 2:334aa lid 6 jo. 2:334h BW).

Tot 1 juli 2011 bood de wet alleen de mogelijkheid de hiervoor genoemde bescheiden in papieren versie ter inzage te leggen bij het handelsregister. Per 1 juli 2011 is het, door het van kracht worden van de Wet van 12 mei 2011,¹⁹⁹ bij wet mogelijk geworden de bescheiden langs elektronische weg bij het handelsregister ter inzage te leggen. Op 19 september 2013 is uitvoering gegeven aan de mogelijkheid de bescheiden daadwerkelijk digitaal ter inzage te leggen bij het handelsregister.²⁰⁰

Naast de terinzagelegging voor derden bij het handelsregister moeten de stukken die ter inzage liggen bij het handelsregister ook ter inzage liggen ten kantore van iedere partij bij de splitsing (artikel 2:334h lid 2 BW). Daarnaast moeten ook de jaarrekeningen en jaarverslagen die niet ter openbare inzage hoeven te liggen,

198 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 141.

199 Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259), Stb. 2011, 234 en Besluit van 14 juni 2011 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259) en artikel I van de Wet van 20 mei 2010 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met lastenverlichting voor burgers en bedrijfsleven, Stb. 2011, 294.

200 Zie: Van Veen 2013-III, p. 13.

alsmede de toelichtingen van de besturen op het voorstel tot splitsing ter inzage liggen ten kantore van de partijen bij de splitsing. Indien de ondernemingsraad of medezeggenschapsraad van een partij bij de splitsing of een vereniging van werknemers die werknemers van die partij of van een dochtermaatschappij onder haar leden telt, schriftelijk een advies of opmerkingen indient over de voorgenomen splitsing, dienen deze tegelijkertijd met het voorstel tot splitsing of onmiddellijk na ontvangst daarvan neergelegd te worden ten kantore van de vennootschap (artikel 2:334h lid 4 BW).

Deponering van jaarrekeningen, jaarverslagen en tussentijdse vermogensopstellingen kan achterwege blijven indien voor de vennootschappen die partij zijn bij de splitsing aansprakelijkheidsverklaringen en instemmingsverklaringen als bedoeld in artikel 2:403 BW zijn gedeponeerd. In dat geval is immers de geconsolideerde jaarrekening van de zich aansprakelijk stellende moedermaatschappij gedeponeerd. In het algemeen zal dan geen enkelvoudige jaarrekening zijn gepubliceerd voor de boekjaren waarvoor zogenoemde 403-verklaringen zijn neergelegd. In dat geval verdient het aanbeveling een kopie van de aansprakelijkheidsverklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 sub f BW en de instemmingsverklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 sub b BW bij de splitsingsstukken te voegen.²⁰¹

De terinzagelegging ten kantore van de vennootschap moet gelijktijdig geschieden met de terinzagelegging bij het handelsregister. De stukken moeten tot het tijdstip van de splitsing ter inzage liggen en ook nog zes maanden na de splitsing bij iedere verkrijgende rechtspersoon en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon. Leden, aandeelhouders en zij die een bijzonder recht hebben jegens de rechtspersoon, kunnen inzage verlangen in de stukken en moeten kosteloos een afschrift van die stukken kunnen krijgen. Ook houders van met medewerking van een naamloze vennootschap uitgegeven certificaten van haar aandelen en degene aan wie op grond van artikel 2:227 lid 2 BW het vergaderrecht in een besloten vennootschap toekomt, hebben inzage in de stukken die ter inzage liggen ten kantore van de vennootschap en hebben recht op een afschrift van deze bescheiden (artikel 2:334dd BW).

Sinds het per 1 juli 2011 mogelijk is de bescheiden langs elektronische weg toegankelijk te maken, moeten ook na de splitsing de bescheiden nog zes maanden elektronisch toegankelijk zijn. Een afschrift mag elektronisch worden verstrekt, maar alleen indien een lid of aandeelhouder daarmee heeft ingestemd. De rechtspersoon is echter niet gehouden afschriften te verstrekken in het geval leden of aandeelhouders de mogelijkheid hebben elektronisch een afschrift van de stukken op te slaan. Met betrekking tot de elektronische toegankelijkheid van de bescheiden voor hen die een bijzonder recht hebben jegens de rechtspersoon geeft de wettelijke bepaling van artikel 2:334h lid 2 geen duidelijkheid. Ik neem aan dat de elektronische terinzagelegging en de mogelijkheid elektronisch afschriften van de

201 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 142, 143.

bescheiden te verstrekken ook geldt jegens degenen die een bijzonder recht hebben jegens de rechtspersoon.

3.9.6 Aankondiging terinzagelegging

Voor een goede informatievoorziening voor derden, leden of aandeelhouders en zij die een bijzonder recht hebben jegens een rechtspersoon die partij is bij een splitsing, is niet alleen van belang dat zij toegang hebben tot de informatie die bij het handelsregister of ten kantore van de rechtspersoon – al dan niet elektronisch – ter inzage ligt, maar ook dat zij op de hoogte zijn van die terinzagelegging. Artikel 2:334h lid 3 BW bepaalt daartoe dat de partijen bij de splitsing in een landelijk verspreid dagblad moeten aankondigen dat (i) de bescheiden zijn neergelegd en raadpleegbaar zijn, (ii) bij welk handelsregister zij liggen of waar zij elektronisch toegankelijk zijn en (iii) waar de bescheiden ten kantore van de rechtspersonen liggen of elektronisch toegankelijk zijn. Indien een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt gesplitst of wordt opgericht, kan de verkrijgende vennootschap bij bestuursbesluit tot splitsing besluiten op basis van artikel 2:334ff lid 1 BW (zie verder paragraaf 3.9.9.). Indien de verkrijgende vennootschap voornemens is bij bestuursbesluit tot splitsing te besluiten, moet dat voornemen worden vermeld in de aankondiging dat het voorstel tot splitsing is neergelegd (artikel 2:334ff lid 2 BW). Indien de splitsende vennootschap bij bestuursbesluit tot splitsing besluit op basis van artikel 2:334ff lid 4 BW, hoeft dat voornemen niet te worden aangekondigd.²⁰² Ook al zijn de landelijk verspreide dagbladen heden ten dage ook elektronisch beschikbaar, de aankondiging van de neerlegging in een landelijk verspreid dagblad doet enigszins ouderwets aan.²⁰³ Toch is de aankondiging in het landelijk verspreid dagblad nog steeds vereist en is elektronische aankondiging vooralsnog (nog) niet mogelijk.

3.9.7 Verzetrecht crediteuren

3.9.7.1 Algemeen

Crediteuren genieten bij splitsing, net als bij fusie, een bepaalde mate van bescherming. Voor fusie is die bescherming geregeld in artikel 2:316 BW. Op basis van die regeling genieten crediteuren voorafgaande aan het van kracht worden van de fusie bescherming tegen de fusie, ook wel bescherming ‘*ex ante*’ genoemd. De gedachte achter deze bescherming is dat een crediteur ten gevolge van de fusie een andere debiteur kan krijgen, indien zijn debiteur in het kader van de fusie ophoudt te

²⁰² Zie tevens paragraaf 3.9.9.1.

²⁰³ Beargumenteerd zou kunnen worden dat een elektronische versie van landelijk verspreid dagblad niet landelijk *verspreid* is en derhalve de papieren versie van het landelijk verspreid dagblad leidend is.

bestaan, of zijn verhaalpositie kan verslechteren doordat de verkrijgende vennootschap ten gevolge van de fusie meerdere crediteuren krijgt.

De regels omtrent bescherming van crediteuren bij splitsing, opgenomen in artikel 2:334k en artikel 2:334l BW, hebben veel gemeenschappelijke kenmerken met de regels omtrent crediteurenbescherming bij fusie. Ook bij splitsing genieten crediteuren van partijen bij de splitsing bescherming voorafgaande aan het van kracht worden van de splitsing. De bescherming wijkt echter op een essentieel punt af van die bij fusie wat betreft de niet-correcte overgang van rechtsverhoudingen op een verkrijgende rechtspersoon. Bij fusie, waar slechts één verkrijgende rechtspersoon is, speelt die problematiek niet, bij splitsing wel.²⁰⁴ Daarnaast voorziet artikel 2:334t BW nog in een regeling betreffende de aansprakelijkheid van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen voor verbintenissen van de splitsende rechtspersoon, al dan niet in combinatie met de voortbestaande splitsende rechtspersoon.

Als een crediteur van mening is dat hij niet voldoende waarborgen heeft dat zijn vordering na de splitsing zal worden voldaan of de vermogenstoestand van de rechtspersoon die na de splitsing zijn debiteur zal zijn minder waarborgen zal bieden, kan de schuldeiser van een partij bij de splitsing verlangen dat zekerheid wordt gesteld voor de voldoening van zijn vordering of hem een andere waarborg wordt gegeven (artikel 2:334k BW). Geeft één van de partijen bij de splitsing die zekerheid of waarborg niet, dan kan de crediteur verzet aantekenen tegen de splitsing op basis van artikel 2:334l BW.

3.9.7.2 Vorderingen waarvoor het verzetrecht geldt

Op basis van artikel 2:334k BW kan iedere schuldeiser van een partij bij de splitsing vragen om een waarborg ter voldoening van zijn vordering. Het bestaan van de vordering voor of op het moment van publicatie van de neerlegging bij het handelsregister en het moment van het van kracht worden van de splitsing lijkt hierbij cruciaal te zijn. In artikel 2:334l lid 1 BW wordt echter een iets andere terminologie gebezigd: op basis van dat artikellid kan iedere wederpartij bij een rechtsverhouding van een partij bij de splitsing in verzet komen. Het bestaan van een vordering op het moment van de aankondiging van de neerlegging is niet vereist op basis van artikel 2:334l BW om tegen de splitsing verzet aan te tekenen.

De Zesde richtlijn schrijft voor dat de lidstaten een *passende bescherming* moeten bieden van de belangen van de schuldeisers van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen, wier vorderingen vóór de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel zijn ontstaan en ten tijde van die openbaarmaking nog niet opeisbaar zijn (artikel 12 Zesde richtlijn, zie tevens paragraaf 2.7.8.1., 2.7.8.2.). De voldoening van die vorderingen kan in gevaar komen ten gevolge van de

²⁰⁴ Zie hierover tevens de motivering in *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 14.

splitsing: de vorderingen zijn reeds ontstaan, maar nog niet opeisbaar. Artikel 12 Zesde richtlijn is een artikel dat minimumharmonisatie voorschrijft. Lidstaten mogen een meer omvattende bescherming toepassen bij splitsing. De Nederlandse wetgever heeft van die mogelijkheid bewust gebruik gemaakt. In het kader van de bescherming van schuldeisers bij kapitaalvermindering heeft de wetgever opgemerkt dat de verzetmogelijkheid bij kapitaalbescherming niet beperkt is tot schuldeisers van wie de vordering opeisbaar is.²⁰⁵ Ten Voorde neemt aan dat dit mutatis mutandis ook geldt voor de verzetprocedure bij juridische fusie en juridische splitsing²⁰⁶ en trekt de conclusie dat zowel schuldeisers met een opeisbare vordering als schuldeisers met een niet-opeisbare vordering verzet kunnen aantekenen tegen een splitsing.

Verbrugh is eenzelfde mening toegedaan. Hij is van mening dat het verzetrecht geldt voor schuldeisers in het algemeen, zowel voor opeisbare vorderingen als niet-opeisbare vorderingen.²⁰⁷ Hij baseert zich daarbij onder meer op een uitspraak van de Rechtbank Arnhem inzake de splitsing van SEP.²⁰⁸ Daarin oordeelde de rechtbank, en in dezelfde zin de Ondernemingskamer in hoger beroep, dat het verzetrecht ook geldt voor schuldeisers met niet-opeisbare vorderingen. Naar de mening van Verbrugh behoren toekomstige vorderingen uit bestaande rechtsverhoudingen een rol te spelen bij het recht van verzet. Hij acht dat gerechtvaardigd in het licht van de beschermingsgedachte van het verzetrecht.²⁰⁹

Buijn is echter een andere mening toegedaan. Naar zijn mening is het voor het kunnen aantekenen van verzet essentieel dat een toekomstige verplichting heeft geleid tot een schuld of een voorziening op de balans van de verkrijgende of afsplitsende vennootschap.²¹⁰

Koster lijkt veel belang te hechten aan het bestaan van een vordering ten tijde van het aantekenen van verzet.²¹¹ Hij verwijst daarbij naar het Visserijfondsarrest uit 1982.²¹² Uit dat arrest blijkt dat een toekomstige vordering (nog) niet bestaat en dat men daarvan ook geen schuldeiser kan zijn. Buijn is dezelfde mening toegedaan. Koster meent echter wel dat het wenselijk is dat ook toekomstige schuldeisers in verzet zouden kunnen komen, maar meent – mijn inziens terecht – dat daarvoor aanpassing van artikel 2:334k BW noodzakelijk is.²¹³

Naar mijn mening kunnen uit de beschikking van de rechtbank Arnhem en de Ondernemingskamer en het Visserijfondsarrest een aantal belangrijke conclusies worden getrokken ten aanzien van de vorderingen waarvoor het verzetrecht geldt.

205 *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 453, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 11.

206 Ten Voorde 2006, p. 109.

207 Verbrugh 2007, p. 66.

208 Rb. Arnhem 1 juni 1999, JOR 1999/173, Hof Amsterdam (OK) 18 november 1999, JOR 1999/254.

209 Verbrugh 2007, p. 115, p. 67.

210 Buijn 2001, p. 389.

211 Koster 2009, p. 373.

212 HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615.

213 Koster 2009, p. 376, aanbeveling 34.

Het verzetrecht geldt in de eerste plaats voor de vorderingen die *niet toekomstig* zijn. Dat is af te leiden uit het Visserijfondsarrest. De vordering moet reeds bestaan. Uit de beschikking van de rechtbank Arnhem en de Ondernemingskamer valt af te leiden dat het verzetrecht geldt voor *niet-opeisbare* vorderingen. Ook uit het Visserijfondsarrest is af te leiden dat toekomstige vorderingen die voortvloeien uit duurovereenkomsten, kunnen niet worden geacht reeds te hebben bestaan ten tijde van het ontstaan van de betreffende rechtsverhouding op grond van het enkele feit dat die vordering daarin haar onmiddellijke grondslag vindt. Het verzetrecht geldt dus niet voor toekomstige vorderingen die voortvloeien uit ten tijde van de splitsing reeds bestaande duurovereenkomsten, maar wel voor reeds bestaande, maar nog niet opeisbare vorderingen. Overigens kunnen ook schuldeisers met een betwiste vordering verzet aantekenen.²¹⁴

3.9.7.3 Wijze van aantekenen van verzet

Het verzet tegen de splitsing kan worden aangetekend door middel van het indienen van een verzoekschrift bij de rechtbank in de woonplaats van de partij bij de splitsing. Het verzet kan worden aangetekend op grond dat een verlangde waarborg op basis van artikel 2:334k BW niet is verkregen. Het verzoekschrift moet de verlangde waarborg vermelden en de verzoeker moet aannemelijk maken dat de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon, waarop de rechtsverhouding overgaat, na de splitsing minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan dan voor de splitsing en dat niet voldoende waarborgen zijn verkregen (artikel 2:334l lid 1 BW). De crediteur moet door de splitsing in een slechtere verhaalspositie komen te verkeren dan voor de splitsing het geval was om in aanmerking te komen voor zekerheidsstelling en eventuele gegronde verklaring van het verzet. De crediteur zal aannemelijk moeten maken dat de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon na de splitsing minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan en dat van de rechtspersoon niet voldoende waarborgen zijn verkregen (artikel 2:334l lid 1 BW).

Verzet kan eveneens worden aangetekend indien het voorstel tot splitsing ten aanzien van een rechtsverhouding strijdig is met artikel 2:334j BW. Op basis van dat artikel mag in principe een rechtsverhouding slechts in haar geheel overgaan, tenzij splitsing van een rechtsverhouding is geoorloofd (artikel 2:334j lid 1 en lid 2, 3 BW). Indien uit het voorstel tot splitsing blijkt dat een niet splitsbare rechtsverhouding wordt gesplitst, kan de wederpartij, waaronder niet alleen crediteuren maar ook debiteuren kunnen worden begrepen,²¹⁵ bij zo een rechtsverhouding in verzet komen tegen de splitsing.

De wederpartij kan alleen gedurende de verzettermijn van één maand in het geweer komen tegen een onjuiste toepassing van artikel 2:334j BW. Indien de

214 Zie: Ten Voorde 2006, p. 109 en de daar aangehaalde rechtspraak.

215 Van Olfen, Buijn en Simonis 2004, p. 47.

crediteur na de splitsing geen voldoening krijgt van zijn nieuwe wederpartij, kan hij niet een andere rechtspersoon, die bij de splitsing betrokken is, aanspreken op grond van het feit dat een vermogensbestanddeel waarmee zijn vordering verbonden is, op die rechtspersoon is overgegaan.²¹⁶ Het recht zich te verzetten tegen de splitsing komt ook toe aan werknemers indien uit het voorstel tot splitsing blijkt dat te hun aanzien artikel 7:663 BW onjuist wordt toegepast.

Het verzet kan worden aangetekend tot een maand nadat alle partijen bij de splitsing de neerlegging of openbaarmaking van het voorstel tot splitsing hebben aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad (artikel 2:334I lid 1 BW). Omdat het besluit tot splitsing slechts kan worden genomen na verloop van een maand na de dag waarop de neerlegging van het voorstel tot splitsing is aangekondigd (zie tevens paragraaf 3.9.9.) en ook de notariële akte van splitsing pas kan worden verleden als geen verzet meer kan worden aangetekend (zie tevens paragraaf 3.9.11.), is de datum van de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad een zeer belangrijke datum in het splitsingsproces.

3.9.7.4 De verzetprocedure

De rechter hoeft een verlangde waarborg niet zonder meer toe te kennen, maar kan de partijen in de gelegenheid stellen binnen een door hem gestelde termijn een door hem omschreven wijziging in het voorstel tot splitsing aan te brengen en openbaar te maken ten kantore van het handelsregister en de rechtspersonen. Het gevolg is dat de verzettermijn opnieuw aanvangt.²¹⁷ Dat is logisch, aangezien een wijziging in het voorstel tot splitsing ertoe kan leiden dat andere crediteuren, die eerst geen verzet hebben aangetekend, daar wel aanleiding toe zien na wijziging van het voorstel tot splitsing.

Indien meerdere crediteuren verzet aantekenen, wordt op alle ingediende verzoekschriften gezamenlijk beslist (artikel 997 lid 1 Rv). De rechter moet het verzet 'met de meeste spoed' behandelen (artikel 997 lid 2 Rv). Niet is toegelicht wat bedoeld wordt met 'de meeste spoed'.²¹⁸ Omdat de rechter op alle ingediende verzoeken gezamenlijk beslist, zal de rechter de beschikking ten vroegste na afloop van de verzettermijn kunnen geven. Op dat moment kan immers geen verzet meer aangetekend worden en kan de rechter op alle ingediende verzoeken gezamenlijk beslissen. Bij de beslissing moet de rechter tevens rekening houden met de belangen van de schuldeisers die geen verzet hebben aangetekend.²¹⁹ Tegen de beschikking van de rechter staat hoger beroep open bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam binnen drie weken na de dagtekening van de beschikking (artikel 997 lid 5 Rv).

216 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 15.

217 Buijn 1996, p. 88.

218 P. Vlas, 'Groene Serie Burgerlijke rechtsvordering', art 997 Rv, aant. 5.

219 Verbrugh 2007, p. 239.

Het tijdig aantekenen van verzet heeft prohibitieve werking: de akte van splitsing mag pas worden verleden als het verzet is ingetrokken of opheffing van het verzet uitvoerbaar is (artikel 2:334l lid 3 BW). De notaris zal de akte van splitsing hangende het verzet niet kunnen passeren en zal de voetverklaring niet kunnen afgeven. Doet hij dat wel, dan is de splitsing vernietigbaar op basis van artikel 2:334u lid 1 sub b BW (zie tevens paragraaf 3.9.13.1.). De notaris kan verifiëren of verzet is aangetekend door het inwinnen van inlichtingen bij de competente rechtbank door een akte van non-verzet te vragen.²²⁰ De rechtbank zal de akte van non-verzet alleen afgeven na verificatie of verzet is aangetekend en uit het interne onderzoek bij de rechtbank blijkt dat geen verzet is aangetekend.

Indien de notaris toch, in weerwil van artikel 2:334l lid 3 BW, reeds de akte van splitsing heeft verleden, dan kan de rechter de partijen niet meer in de gelegenheid stellen het voorstel tot splitsing te wijzigen. De splitsing is dan immers al van kracht geworden. Hij kan dan bevelen dat een rechtsverhouding die in strijd met artikel 2:334j BW is overgegaan geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen aan één van de partijen bij de splitsing of dat twee of meer rechtspersonen hoofdelijk tot nakoming van deze verbintenissen verbonden zijn. Tevens kan hij bevelen dat een door hem omschreven waarborg wordt gegeven (artikel 2:334l lid 4 BW). Ter verzekering dat de waarborg wordt gegeven of de aangewezen rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn, kan de rechter aan het bevel een dwangsom verbinden.

Als de akte van splitsing reeds is verleden en de rechter heeft bevolen dat een rechtsverhouding wordt overgedragen aan een verkrijgende rechtspersoon of de voortbestaande gesplitste rechtspersoon, of hoofdelijke verbondenheid heeft bevolen, kan de overdragende of de verkrijgende rechtspersoon nadeel lijden. Op basis van artikel 2:334l lid 5 BW ontstaat van rechtswege een vergoedingsverplichting voor het geleden nadeel. Eventuele aansprakelijkheid van de notaris voor schade voortvloeiend uit het (te vroeg) verlijden van de notariële akte van splitsing is mijn inziens niet uitgesloten.

3.9.8 *Uittreedrecht aandeelhouders*

De Zesde richtlijn voorziet in artikel 5 lid 2 in de mogelijkheid dat lidstaten een regeling opnemen omtrent schadeloosstelling voor minderheidsaandeelhouders. Het schadeloosstellingsrecht dat lidstaten in hun wetgevingen kunnen opnemen betreft een schadeloosstelling voor minderheidsaandeelhouders voor het geval aandelen in de verkrijgende vennootschap(en) worden toegekend in een verhouding die niet evenredig is met de rechten in het kapitaal van de gesplitste vennootschap. In dat geval kunnen de minderheidsaandeelhouders recht hebben op een tegenprestatie die overeenkomt met de waarde van de aandelen.

De Nederlandse wetgever heeft bij de invoering van de splitsingswetgeving geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid een regeling omtrent schadeloosstelling voor

²²⁰ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 147.

minderheidsaandeelhouders of een uittreedregeling voor minderheidsaandeelhouders op te nemen. Koster acht een uittreedrecht voor minderheidsaandeelhouders ook niet nodig. Naar zijn mening zijn in de splitsingswetgeving voldoende waarborgen voor minderheidsaandeelhouders opgenomen en is een uittreedregeling of schadeloosstellingsregeling overbodig.²²¹ Naar mijn mening is de opname van een regeling omtrent schadeloosstelling voor minderheidsaandeelhouders wel nuttig. Op die manier kunnen aandeelhouders met een minderheidsbelang bij een splitsing uittreden wanneer zij dat willen, terwijl dat zonder een schadeloosstelling niet mogelijk is en zij aandelen toegekend moeten krijgen in de verkrijgende vennootschap(en), dan wel dat de ruilverhouding zo moet worden vastgesteld dat de minderheidsaandeelhouder zelfs geen recht heeft op een enkel aandeel en in ruil daarvoor een financiële vergoeding krijgt. Een schadeloosstellingsregeling biedt ook de mogelijkheid dat de meerderheidsaandeelhouder van de splitsende vennootschap enig aandeelhouder kan worden van de verkrijgende vennootschap(en), zonder dat voorafgaande aan de splitsing, dan wel na de splitsing aandelenoverdrachten moeten plaatsvinden om hetzelfde resultaat te bereiken.

Bij de totstandkoming van de wetgeving omtrent grensoverschrijdende fusie heeft de wetgever gemeend dat een uittreedrecht voor minderheidsaandeelhouders van de in het kader van de grensoverschrijdende fusie verdwijnende door Nederlands recht beheerste vennootschap wel noodzakelijk was, onder meer omdat die minderheidsaandeelhouder bij een grensoverschrijdende fusie geconfronteerd wordt met de toekenning van aandelen in een vennootschap naar – voor hem – vreemd recht en bepaalde modaliteiten van het Nederlandse vennootschapsrecht, zoals de geschillenregeling, het recht van enquête en de mogelijkheid tot vernietiging bij een outbound-grensoverschrijdende fusie ontbreken (artikel 2:333h BW).²²²

Sinds 1 oktober 2012 voorziet de Nederlandse splitsingswetgeving wel in een uittreedregeling in artikel 2:334ee1 BW. Het betreft een uittreedregeling die alleen geldt voor het geval (i) een besloten vennootschap met stemrechtloze, en/of winstrechtloze aandelen splitst en (ii) ten minste één van de verkrijgende vennootschappen, of bij een driehoekssplitsing, de groepsmaatschappij die aandelen toekent, geen besloten vennootschap is – en diens gevolgge geen stemrechtloze of winstrechtloze aandelen kent. Voor die aandelen kan dan geen ruilverhouding worden bepaald, omdat de verkrijgende naamloze vennootschap geen stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen kent. Overigens kan het voorstel tot splitsing wel voorzien in de mogelijkheid tot ‘conversie’ van stemrechtloze of winstrechtloze aandelen in ‘gewone’ aandelen in de verkrijgende naamloze vennootschap, al dan niet met gering stemrecht en winstrecht. Bij gebruikmaking van het uittreedrecht als bedoeld in artikel 2:334ee1 BW krijgen de houders van aandelen zonder stemrecht en/of aandelen zonder winstrecht een vergoeding in geld. De aandelen zonder

²²¹ Koster 2009, p. 361.

²²² *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 16.

stemrecht en/of zonder winstrecht vervallen op het moment van het van kracht worden van de splitsing.²²³

De houders van winstrechtloze aandelen moeten daadwerkelijk tegen het voorstel tot splitsing hebben gestemd om recht te kunnen doen gelden op een schadeloosstelling. Het zich onthouden van stemmen, het uitbrengen van een blanco stem of het afwezig zijn ter vergadering kwalificeert naar mijn mening niet als ‘tegenstemmen’ in de zin van artikel 2:334ee1 lid 1 BW. Houders van stemrechtloze aandelen kunnen niet stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders en kunnen te allen tijde gebruik maken van de schadeloosstelling, ook al hebben zij in de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen niet tegen de splitsing gestemd.²²⁴ De aandelen zonder stemrecht worden niet ter gelegenheid van de splitsing uitgebreid met stemrechten. Daarnaast is in artikel 2:334ee lid 2 BW bepaald dat, indien er aandelen zijn van een bepaalde soort of aanduiding – zoals stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen –, er naast het besluit tot splitsing van de algemene vergadering een voorafgaand of gelijktijdig goedkeurend besluit vereist is van elke groep houders van aandelen van eenzelfde soort of aanduiding aan wier rechten de splitsing afbreuk doet. Is er sprake van een ‘afbreuk’ – hetgeen naar mijn mening bijvoorbeeld het geval zou kunnen zijn indien in ruil voor de stemrechtloze aandelen en/of winstrechtloze aandelen geen stemrechtloze aandelen en/of winstrechtloze aandelen of geen gewone aandelen met stemrecht of winstrecht worden toegekend in de verkrijgende vennootschap – dan moeten de houders van stemrechtloze aandelen en de houders van winstrechtloze aandelen in de vergadering van houders van stemrechtloze, respectievelijk winstrechtloze aandelen een goedkeurend besluit nemen over de splitsing. Zonder een dergelijk goedkeurend besluit van deze groep van aandeelhouders kan de splitsing geen doorgang vinden.

De vennootschap moet aan de aandeelhouder mededelen dat hij schadeloosstelling kan vragen (artikel 2:334ee lid 1 BW). Deze mededeling geschiedt op dezelfde wijze als de oproeping tot een algemene vergadering en kan naar mijn mening gelijktijdig worden gedaan met de oproeping tot de algemene vergadering waarin over de splitsing zal worden besloten.

Het verzoek tot schadeloosstelling moet schriftelijk aan de vennootschap worden gedaan binnen één maand nadat de vennootschap heeft medegedeeld dat een verzoek tot schadeloosstelling kan worden ingediend. Als de mededeling dat schadeloosstelling kan worden gevraagd tegelijk met de oproeping tot de algemene vergadering waarin over de splitsing zal worden besloten wordt gedaan, zal binnen een maand na de publicatie van de neerlegging van het voorstel tot splitsing besloten

223 *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 426, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 31. In de wettekst van artikel 2:334ee1 lid 3 BW staat dat, in het kader van de splitsing, de stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen vervallen op het moment waarop de fusie van kracht wordt. Dit lijkt een vergissing te zijn van de wetgever, in plaats van ‘fusie’ moet worden gelezen: ‘splitsing’.

224 Roelofs 2012-VI, p. 14.

kunnen worden tot splitsing en een verzoek ingediend kunnen worden tot schadeloosstelling.

De minister heeft opgemerkt dat de schadeloosstelling zal worden bepaald aan de hand van de nominale waarde van de aandelen en daarnaast nog een element van schadeloosstelling zal bevatten voor het verlies van toekomstige dividenden of stemrechten.²²⁵ Het bedrag van de schadeloosstelling wordt vastgesteld door één of meer onafhankelijke deskundigen.²²⁶ De deskundigen brengen over de waardebepaling schriftelijk bericht uit, waarop artikel 2:334h lid 2 BW van toepassing is. Dat betekent dat het bericht over de waardebepaling moet worden neergelegd ten kantore van de vennootschap of elektronisch toegankelijk moet zijn ten behoeve van de vergadergerechtigden.

Op het beginsel dat de schadeloosstelling wordt vastgesteld door een of meer deskundigen, bestaan twee uitzonderingen, namelijk (i) indien tussen partijen op grond van hetzij de statuten, hetzij een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn, bepalingen over de vaststelling van de waarde van de aandelen of de vaststelling van de schadeloosstelling gelden – in die gevallen stellen de deskundigen hun bericht op met inachtneming daarvan – of (ii) als de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn, een duidelijke maatstaf bevatten aan de hand waarvan de schadeloosstelling zonder meer kan worden vastgesteld – in dat geval blijft benoeming van deskundigen geheel achterwege.

De in een overeenkomst neergelegde maatstaf geldt niet voor de houders van stemrechtloze of winstrechtloze aandelen die geen partij zijn bij de overeenkomst. Een bepaling in de statuten over de maatstaf tot schadeloosstelling geldt wel voor

225 *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 4.

226 Rechterlijke tussenkomst bij de bepaling van de schadeloosstelling of de aanwijzing van deskundigen is niet (meer) voorgeschreven. In de behandeling van het voorstel voor de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht werd opgemerkt dat de tussenkomst van de Ondernemingskamer bij de bepaling van de schadeloosstelling vertragend zou werken en kostenverhogend zou zijn (*Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 6 (Verslag), p. 4.). De minister van Veiligheid en Justitie heeft daarop geantwoord dat hij wilde vasthouden aan de mogelijkheid de rechter te vragen de schadeloosstelling vast te stellen, die daarvoor ook onafhankelijke deskundigen kan benoemen (*Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 6.). Naar aanleiding van een amendement van de Kamerleden Van der Steur en Van Toorenborg is het wetsvoorstel betreffende onder andere artikel 2:334ee1 BW nogmaals gewijzigd en is geen rechterlijke tussenkomst vereist voor de vaststelling van het bedrag van de schadeloosstelling en is evenmin rechterlijke tussenkomst vereist voor de benoeming van deskundigen die het bedrag van de schadeloosstelling vaststellen. De gedachte daarachter is dat de rechterlijke tussenkomst voor de benoeming van deskundigen immers ook niet vereist is krachtens andere wettelijke bepalingen betreffende vrijwillige of gedwongen vervreemding van aandelen, zoals in de artikelen 2:87, 2:87a, 2:87b, 2:192, 2:195, 2:195a en 2:195b BW. Daarnaast worden deskundigen die een taak hebben bij splitsing ook niet door tussenkomst van de rechter benoemd en past de benoeming van deskundigen door de rechter niet in het kader van vereenvoudiging en lastenverlichting, die wordt nagestreefd met de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht (*Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 17 (Amendement van de leden Van der Steur en Van Toorenborg), p. 6).

alle aandeelhouders, maar niet voor de houders van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen die niet hebben ingestemd met de in de statuten neergelegde maatstaf, die bijvoorbeeld in het kader van een statutenwijziging is opgenomen in de statuten. Indien die statutenwijziging afbreuk doet – of heeft gedaan – aan de positie van de winstrechtloze of stemrechtloze aandeelhouder, geldt die regeling voor die houders niet, indien de aandeelhouder daar niet mee heeft ingestemd.²²⁷

De schadeloosstelling komt in principe ten laste van de splitsende vennootschap. De splitsende vennootschap en de reeds bestaande, verkrijgende vennootschap kunnen echter besluiten dat één of meer van de verkrijgende vennootschappen de schadeloosstelling moet voldoen (artikel 2:334ee1 lid 3 BW). In dat geval is de verplichting tot betaling van de schadeloosstelling hoofdelijk. Naar mijn mening is voor het besluit dat één of meer van de verkrijgende vennootschappen de schadeloosstelling moet voldoen een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist van de splitsende vennootschap en iedere verkrijgende vennootschap ten laste waarvan de schadeloosstelling komt.

In artikel 2:334ee1 lid 3 BW is bepaald dat de notaris de akte van splitsing niet mag passeren voordat de schadeloosstelling is betaald. Daarmee kan de schadeloosstellingsregeling indirect invloed hebben op het moment van het van kracht worden van de splitsing. Dit kan echter voorkomen worden als de splitsende en de reeds bestaande verkrijgende vennootschappen hebben besloten dat één of meer verkrijgende vennootschappen de schadeloosstelling moet voldoen. De notaris zal zich ervan moeten vergewissen dat ofwel de schadeloosstelling is betaald, dan wel de schadeloosstelling ten laste komt van de verkrijgende vennootschap(pen) voordat de akte van splitsing wordt getekend.

Het gevolg van toepassing van de schadeloosstellingsregeling is dat de aandelen waarop het verzoek betrekking heeft op het moment van het van kracht worden van de splitsing vervallen (artikel 2:334ee1 lid 3 BW). De houder van aandelen zonder stemrecht en/of zonder winstrecht krijgt dan geen aandelen toegekend in de verkrijgende vennootschap(pen) (artikel 2:334e lid 2 sub d BW). Bij afsplitsing en schadeloosstelling zie ik echter niet in hoe de aandelen waarop het verzoek betrekking heeft kunnen vervallen op het moment waarop de afsplitsing van kracht wordt. Alle aandeelhouders van de afsplitsende vennootschap blijven immers aandeelhouder van die vennootschap, aangezien die vennootschap niet ophoudt te bestaan. De schadeloosstelling dient immers ter vervanging van de niet-toegekende aandelen in de verkrijgende vennootschap.²²⁸

²²⁷ *Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 24 (Verslag van een wetgevingsoverleg), p. 14. Zie hierover uitgebreid in het kader van de geschillenregeling: Van Eck 2011, p. 71 e.v.

²²⁸ Roelofs 2012-VI, p. 15 en Van Veen, 'GS *Rechtspersonen*', art. 2:334ee1 BW, aant. 1.

3.9.9 *Besluitvorming*

3.9.9.1 Bevoegd orgaan

Een splitsing heeft vergaande gevolgen: het vermogen (of een deel daarvan) van de splitsende rechtspersoon gaat onder algemene titel over op één of meerdere verkrijgende rechtspersonen en de leden of aandeelhouders worden lid of aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersonen. Vanwege het ingrijpende karakter van een splitsing is voorgeschreven dat het besluit tot splitsing wordt genomen door de algemene vergadering (artikel 2:334m lid 1 BW). In een stichting wordt het besluit genomen door degene die de statuten van de stichting mag wijzigen, of, als geen ander dat mag, het bestuur. Het beginsel dat de algemene vergadering het bevoegde orgaan is tot het nemen van het besluit tot splitsing leidt uitzondering indien een reeds bestaande naamloze vennootschap of besloten vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap en – zij het in bepaalde gevallen – een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt gesplitst.

Een verkrijgende, reeds bestaande naamloze vennootschap of besloten vennootschap kan bij bestuursbesluit tot splitsing besluiten (artikel 2:334ff lid 1 BW). De tekst van artikel 2:334ff lid 1 BW zou tot verwarring kunnen leiden. Afdeling 2.7.5. BW, waar artikel 2:334ff BW deel van uitmaakt, ziet op splitsing waarbij een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt gesplitst of wordt opgericht. De reeds bestaande naamloze vennootschap of besloten vennootschap die vermogen in het kader van een splitsing verkrijgt valt hier naar de letter van de titel van Afdeling 2.7.5. BW niet onder. Ik meen dat dit een schoonheidsfout is in de redactie van de titel van Afdeling 2.7.5. BW. Het verdient daarom in dit kader aanbeveling de titel van Afdeling 2.7.5. BW te wijzigen. In het geval van een hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW is het bestuur eveneens bevoegd tot het nemen van het besluit tot splitsing (artikel 2:334ff lid 1 BW). De statuten kunnen echter anders bepalen. Het voornemen het bestuur te laten besluiten tot splitsing moet worden vermeld bij de aankondiging dat het voorstel tot splitsing is neergelegd (artikel 2:334ff lid 2 BW).

Naast dat de statuten kunnen afwijken van de mogelijkheid dat het bestuur kan besluiten tot splitsing, kan toch de algemene vergadering bevoegd zijn het besluit tot splitsing te nemen. Eén of meer aandeelhouders, die tezamen ten minste één twintigste deel van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, of een zoveel geringer bedrag als in de statuten is bepaald, kunnen binnen een maand na de aankondiging van de terinzagelegging in het landelijk verspreid dagblad aan het bestuur verzoeken de algemene vergadering bijeen te roepen om over de splitsing te besluiten (artikel 2:334ff lid 3 BW). De aandeelhouders kunnen op de hoogte zijn van het voornemen bij bestuursbesluit tot splitsing te besluiten, omdat dat voornemen moet zijn opgenomen in de aankondiging van de neerlegging van de stukken bij het handelsregister.

Sinds 1 juli 2011 is met het van kracht worden van de Wet van 12 mei 2011²²⁹ een nieuw lid toegevoegd aan artikel 2:334ff BW, lid 4. Krachtens dat artikellid kan de splitsende vennootschap bij bestuursbesluit besluiten tot splitsing, indien de verkrijgende vennootschappen alle aandelen houden in de splitsende vennootschap, één en ander voor zover de statuten van de splitsende vennootschap niet anders bepalen. Artikel 2:334ff lid 4 BW is een implementatie van artikel 3 lid 7 Richtlijn 2009/109/EG. Krachtens dat artikellid mogen de lidstaten – in de bewoordingen van de richtlijn – de goedkeuring door de algemene vergadering niet voorschrijven indien de verkrijgende vennootschappen alle aandelen houden in de splitsende vennootschap. De wetgever heeft gemeend dat voor de implementatie van deze bepaling van de richtlijn een nieuw lid moest worden opgenomen, omdat anders lid 2 (betreffende de aankondiging van het voornemen bij bestuursbesluit tot splitsing te besluiten) en lid 3 (betreffende de bevoegdheid van aandeelhouders toch te besluiten bij besluit van de algemene vergadering, indien één of meer aandeelhouders die tezamen ten minste één twintigste van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen) van artikel 2:334ff BW van toepassing zou zijn. De wetgever heeft die extra bescherming van de aandeelhouders, welke wordt geboden door deze twee leden van artikel 2:334ff BW in dit geval niet noodzakelijk geacht.²³⁰ De wetgever heeft in de Nota naar aanleiding van het verslag nog eens bevestigd dat ‘de uiteindelijke positie van de aandeelhouders van de splitsende vennootschap niet wijzigt’ en dat het daarom gerechtvaardigd is dat artikel 2:334ff lid 2 en lid 3 BW niet van toepassing zijn.²³¹

3.9.9.2 Termijn besluitvorming

Het besluit tot splitsing kan pas worden genomen na verloop van een maand na de dag waarop alle partijen bij de splitsing de neerlegging of openbaarmaking van het voorstel tot splitsing hebben aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad (artikel 2:334m lid 2 BW). Dat betekent dat het besluit tot splitsing genomen kan

229 Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259), Stb. 2011, 234 en Besluit van 14 juni 2011 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259) en artikel I van de Wet van 20 mei 2010 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met lastenverlichting voor burgers en bedrijfsleven, Stb. 2011, 294.

230 *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 458, nr. 3, (Memorie van toelichting), p. 8.

231 *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 458, nr. 6, (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 12.

worden na een maand plus één dag te rekenen vanaf het moment dat de aankondiging in het landelijk verspreid dagblad heeft plaatsgevonden. Een voor die termijn genomen besluit tot splitsing is nietig.²³² De termijn gedurende welke het besluit tot splitsing niet kan worden genomen valt samen met de termijn waarin schuldeisers verzet kunnen aantekenen tegen de splitsing op basis van artikel 2:334l BW (zie hierover tevens paragraaf 3.9.7.).

Het besluit tot splitsing mag niet afwijken van het voorstel tot splitsing (artikel 2:334m lid 1 BW). Mocht na de neerlegging van het voorstel tot splitsing blijken dat de voorgestelde splitsing niet gewenst is, dan zal een nieuw voorstel tot splitsing moeten worden opgesteld en worden neergelegd. Op dat voorstel tot splitsing kan dan, na verloop van een maand na de dag van aankondiging van de neerlegging van dat nieuwe voorstel, besloten worden.

3.9.9.3 Vormvoorschriften besluitvorming

Het besluit tot splitsing moet in beginsel worden genomen op dezelfde wijze als een besluit tot wijziging van de statuten (artikel 2:334m lid 3 BW). Indien de wet voor een besluit tot statutenwijziging instemming van alle aandeelhouders of bepaalde aandeelhouders vereist, geldt dat ook voor het besluit tot splitsing. Vereisen de statuten goedkeuring voor een besluit tot statutenwijziging, zoals goedkeuring van een ander orgaan, dan is ook het besluit tot splitsing aan dezelfde goedkeuring onderworpen. Het kan voorkomen dat sommige bepalingen van de statuten slechts kunnen worden gewijzigd met een gekwalificeerde meerderheid, opgelegd in de statuten. Indien de statuten zo een meerderheid voorschrijven, dan is voor het besluit tot splitsing de grootste meerderheid vereist. Indien de statuten wijziging van statutaire bepalingen uitsluiten, zou dat betekenen dat een besluit tot splitsing niet genomen kan worden. Dat is echter niet het geval. Als de statuten wijziging van bepalingen uitsluiten, dan zijn de stemmen van alle stemgerechtigde leden of aandeelhouders vereist, tenzij die bepalingen na de splitsing eveneens zullen gelden. Het besluit tot splitsing van een stichting behoeft de goedkeuring van de rechtbank, tenzij de statuten van de stichting het mogelijk maken dat alle bepalingen van de statuten worden gewijzigd (artikel 2:334m lid 5 BW).

De door de wet en de statuten voorgeschreven gekwalificeerde meerderheden gelden niet indien de statuten zelf een bepaling bevatten voor het besluit tot splitsing (artikel 2:334m lid 4 BW).

Indien een naamloze vennootschap of besloten vennootschap is betrokken bij de splitsing, gelden aanvullende vereisten voor de vormvoorschriften voor de besluitvorming (artikel 2:334ee BW). Voor het besluit tot splitsing is in ieder geval een meerderheid van ten minste twee derden vereist, indien minder dan de helft van het geplaatste kapitaal in de vergadering is vertegenwoordigd (artikel 2:334ee lid 1 BW).

232 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 148.

Als de vennootschap meerdere soorten aandelen kent, zoals soort aandelen (A-aandelen en B-aandelen), preferente aandelen of prioriteitsaandelen, moet elke groep houders van aandelen van eenzelfde soort voorafgaande aan of gelijktijdig met het besluit tot splitsing van de algemene vergadering de splitsing goedkeuren, als de splitsing afbreuk doet aan de rechten verbonden aan die soorten aandelen (artikel 2:334^{ee} lid 2 BW). Afbreuk aan de rechten verbonden aan soorten aandelen is bijvoorbeeld aan de orde als de winstgerechtigdheid van preferente aandelen ten gevolge van de splitsing wijzigt, als de speciale zeggenschapsrechten verbonden aan prioriteitsaandelen wijzigt ten gevolge van de splitsing of als zodanige soorten aandelen niet meer ‘terugkomen’ in de verkrijgende vennootschap(en). Ook wanneer een besloten vennootschap met stemrechtloze of winstrechtloze aandelen wordt gesplitst en één van de verkrijgende vennootschappen is een naamloze vennootschap, zijn naar mijn mening gevallen denkbaar waarin sprake zou kunnen zijn van afbreuk van aan die aandelen verbonden rechten, wanneer bijvoorbeeld aan andere rechten verbonden aan die aandelen afbreuk wordt gedaan. Zo kunnen de houders van stemrechtloze aandelen weliswaar na de splitsing stemrecht krijgen in de algemene vergadering van aandeelhouders, maar dit neemt niet weg dat aan overige aan hun aandelen verbonden rechten afbreuk kan worden gedaan. Afbreuk zou bijvoorbeeld kunnen worden gedaan aan de winstrechten. Hetzelfde geldt voor de houders van aandelen zonder winstrecht: zij zouden na de splitsing weliswaar gerechtigd kunnen worden tot de winst, maar dat neemt niet weg dat aan overige aan hun aandelen verbonden rechten – stemrechten – afbreuk kan worden gedaan. Een goedkeurend besluit van de houders van die stemrechtloze of winstrechtloze aandelen lijkt in zo een geval dan ook vereist, zelfs van de houders van stemrechtloze aandelen.

Indien een naamloze vennootschap of besloten vennootschap betrokken is bij een splitsing, moeten de notulen van de algemene vergaderingen waarin tot splitsing wordt besloten, of waarin houders van soorten aandelen de splitsing goedkeuren, worden opgemaakt bij notariële akte (artikel 2:334^{ee} lid 3 BW). Omdat de titel van Afdeling 2.7.5. BW de suggestie wekt dat de daarin opgenomen bepalingen alleen de splitsing betreffen waarbij een naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt gesplitst of wordt opgericht, en niet op de splitsing waarbij een reeds bestaande naamloze vennootschap of besloten vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap, zou de conclusie getrokken kunnen worden dat ten aanzien van de verkrijgende naamloze vennootschap of besloten vennootschap, welke bij besluit van de algemene vergadering tot splitsing besluit, de notulen van de algemene vergadering waarin tot splitsing wordt besloten of waarin deze wordt goedgekeurd, niet hoeft te worden opgemaakt bij notariële akte. Ik meen dat dat niet het geval is. Indien echter het bestuur tot splitsing kan besluiten, dan hoeft het besluit van het bestuur niet in de vorm van een notariële akte te worden opgemaakt, artikel 2:334^{ee} lid 3 BW ziet immers alleen op het besluit tot splitsing van de algemene vergadering en niet op dat van het bestuur.

3.9.10 Inlichtingenplicht wijziging omstandigheden

De leden of aandeelhouders alle partijen bij de splitsing moeten zich een goed beeld kunnen vormen van de consequenties van de splitsing, alvorens zij hun oordeel vormen over de splitsing. Het voorstel tot splitsing, de jaarrekeningen over de afgelopen drie jaren, de eventuele tussentijdse vermogensopstelling, het accountantsverslag en de accountantsverklaringen en de toelichting op het voorstel tot splitsing helpen hierbij. Tussen het moment van het opstellen van het voorstel tot splitsing en de toelichting op het voorstel tot splitsing en het moment van besluitvorming tot splitsing kunnen wijzigingen van allerlei aard optreden. De activa en passiva van de rechtspersonen die partij zijn bij de splitsing zijn gedurende de termijn dat het voorstel tot splitsing ter inzage ligt immers niet bevroren, maar aan verandering onderhevig. Daarom kan de weerspiegeling van de activa en de passiva, zoals opgenomen in het voorstel tot splitsing en de toelichting op het voorstel tot splitsing, afwijken van de daadwerkelijke samenstelling van activa en passiva ten tijde van de besluitvorming. Artikel 2:334i lid 1 BW bepaalt daarom dat het bestuur van elke partij bij de splitsing verplicht is de algemene vergadering en de andere partijen bij de splitsing in te lichten over na het voorstel tot splitsing gebleken belangrijke wijzigingen in de activa en passiva die de mededelingen in het voorstel tot splitsing of in de toelichting hebben beïnvloed. Bij een stichting geldt deze verplichting jegens degenen die blijkens de statuten de splitsing moeten goedkeuren (artikel 2:334i lid 2 BW).

De wet biedt geen duidelijkheid over wat nu precies ‘belangrijke wijzigingen’ zijn. Artikel 2:334i lid 1 BW is gewijzigd in het kader van de implementatie van Richtlijn 2009/109/EG, welke wijzigingen van kracht zijn geworden per 1 juli 2011.²³³ Vóór 1 juli 2011 was er een inlichtingenplicht indien een belangrijke wijziging was opgetreden in de omstandigheden die de mededelingen in het voorstel tot splitsing hadden beïnvloed. De Commissie vennootschapsrecht heeft geadviseerd om in artikel 2:334i lid 1 BW (en voor fusie in artikel 2:315 lid 1 BW) aan te sluiten bij de tekst van Richtlijn 2009/109/EG.²³⁴ De verplichting om melding te maken van een belangrijke wijziging van omstandigheden is daarom vervangen door de meer concrete verplichting melding te maken van een belangrijke wijziging van de activa en/of passiva. Wat echter een ‘belangrijke’ wijziging is, kan ook niet worden afgeleid uit de Memorie van toelichting. Naar mijn mening ontstaat een inlichtingenplicht van het bestuur indien de wijziging in de activa en passiva van dien aard is, dat het de beslissing van de leden of aandeelhouders al dan niet voor of tegen de splitsing te stemmen zou kunnen beïnvloeden.

Tevens is noch uit de wettekst, noch uit de Memorie van toelichting op te maken op welk moment de wijzigingen in de activa en passiva moeten optreden om een inlichtingenplicht van het bestuur te doen laten ontstaan. In ieder geval is duidelijk

²³³ Van Eck en Roelofs 2010-II, p. 111.

²³⁴ *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 458, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 6.

dat de inlichtingenplicht bestaat tot het moment waarop tot splitsing wordt besloten. Tot dat moment kunnen de wijzigingen in de activa en passiva immers nog aanleiding geven tot wijziging van het stemgedrag. Ook als het bestuur van de verkrijgende vennootschap tot splitsing kan besluiten, moet de inlichtingenplicht nageleefd worden.²³⁵ Naar mijn mening ontstaat de inlichtingenplicht na de terinzagelegging van de bescheiden als bedoeld in artikel 2:334h BW. Indien de belangrijke wijzigingen in de activa en passiva reeds zijn verwerkt in het voorstel tot splitsing, ontstaat uiteraard in het geheel geen inlichtingenplicht. Pas als wijzigingen optreden nadat de inhoud van het voorstel tot splitsing is vastgelegd en die inhoud onherroepelijk is geworden, hetgeen het geval is vanaf het moment dat de stukken als bedoeld in artikel 2:334h BW zijn neergelegd, ontstaat de inlichtingenplicht.

De inlichtingenplicht van het bestuur bestaat ook bij fusie (artikel 2:315 BW). Op basis van artikel 2:315 lid 3 BW bestaat de inlichtingenplicht niet indien de leden of aandeelhouders van de fuserende rechtspersonen instemmen met het achterwege laten van de inlichtingenplicht. Artikel 2:334i BW bevat niet de mogelijkheid voor de leden of aandeelhouders van de partijen bij de splitsing in te stemmen met het achterwege laten van de inlichtingenplicht bij splitsing. De Zesde richtlijn biedt hier geen aanknopingspunt voor.²³⁶

3.9.11 Notariële akte van splitsing

De splitsing geschiedt bij notariële akte en kan, tezamen met de notariële voetverklaring, gezien worden als het belangrijkste sluitstuk van de splitsing (artikel 2:334n lid 1 BW). De rechtspersonen die partij zijn bij de splitsing – i.e. de splitsende rechtspersoon, de reeds bestaande verkrijgende rechtspersoon en de groepsmaatschappij die aandelen toekent in het kader van een driehoekssplitsing – zijn partij bij de akte van splitsing. Zij worden vertegenwoordigd door hun bestuur.

In de akte van splitsing verklaren de rechtspersonen die partij zijn bij de splitsing dat zij een juridische splitsing zullen aangaan.²³⁷ Indien nieuwe rechtspersonen worden opgericht in het kader van een splitsing – deze ontstaan gelijktijdig met het van kracht worden van de splitsing, dat wil zeggen: met ingang van de dag volgend waarop de akte van splitsing wordt verleden (artikel 2:334n lid 1 BW) –, worden de statuten van die verkrijgende rechtspersonen, zoals die in ontwerp aan het voorstel tot splitsing zijn gehecht op basis van artikel 2:334f lid 2 sub b BW, opgenomen. De aandelen die worden toegekend in het kader van een splitsing worden van rechtswege toegekend en niet uitgegeven, artikel 2:86 BW en artikel 2:196 BW zijn niet van toepassing. Bij de splitsing waarbij nieuwe rechtspersonen worden opgericht, wordt de oprichter, de splitsende rechtspersoon, niet tevens lid of aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersoon, tenzij het een hybride splitsing betreft in de zin van

²³⁵ *Kamerstukken II*, 1996-1997, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 15.

²³⁶ Van Eck en Roelofs 2010-II, p. 111.

²³⁷ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 152.

artikel 2:334hh lid 1 BW.²³⁸ De akte van splitsing bevat tevens de vermogensopstelling als bedoeld in artikel 2:334f lid 2 sub d BW, aan de hand waarvan kan worden bepaald welke vermogensbestanddelen aan welke verkrijgende rechtspersonen worden toegeedeeld of welke vermogensbestanddelen worden behouden door de splitsende rechtspersoon. Op die manier is het niet nodig daarvoor nog eens het splitsingsvoorstel te raadplegen.²³⁹

Een essentieel onderdeel van de akte van splitsing is de notariële voetverklaring. Aan de voet van de akte van splitsing verklaart de notaris dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die de Afdelingen 2.7.4. en 2.7.5. BW en de statuten van de partijen bij de splitsing vereisen en dat voor het overige de daarvoor in de Afdelingen 2.7.4. en 2.7.5. BW en de statuten gegeven voorschriften zijn nageleefd (artikel 2:334n lid 2 BW). De notaris zal voor de afgifte van de voetverklaring de beschreven procedure tot splitsing moeten nagaan, hij zal moeten verifiëren of de verschillende accountantsverklaringen zijn afgegeven, of de instemmingsverklaringen zijn afgegeven, zoals bijvoorbeeld de instemming van houders van aandelen van een bepaalde soort en de instemming bepaalde onderdelen van accountantsverklaringen achterwege te laten en ten slotte zal hij de nauwkeurigheid van de vermogensbeschrijving moeten nagaan. Om die reden zal de notaris de gehele procedure tot splitsing kunnen, willen en moeten begeleiden.

Indien de splitsende vennootschap een besloten vennootschap is die stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen kent en ten minste één verkrijgende vennootschap geen besloten vennootschap is, kunnen de houders van stemrechtloze of winstrechtloze aandelen recht hebben op schadeloosstelling op basis van artikel 2:334ee1 BW. Zo lang de schadeloosstelling niet is betaald, mag de notaris de akte van splitsing niet passeren (artikel 2:334ee1 lid 3 BW). Dat houdt in dat op het moment van het passeren van de akte van splitsing de schadeloosstelling op de kwaliteitsrekening van de notaris zal moeten staan. Indien echter de splitsende en de reeds bestaande verkrijgende vennootschappen hebben besloten dat de schadeloosstelling ten laste zal komen van één of meer verkrijgende vennootschappen, dan zal de notaris zich moeten verlaten op deze besluiten van de algemene vergaderingen.

De akte van splitsing moet worden verleden binnen zes maanden na de aankondiging van de neerlegging van het voorstel tot splitsing in een landelijk verspreid dagblad. De akte van splitsing kan ten laatste worden verleden zes maanden, minus één dag, gerekend vanaf de dag van aankondiging van de neerlegging. Wanneer de neerlegging is aangekondigd op 18 februari, zou de akte van splitsing ten laatste kunnen worden verleden op 17 augustus. De akte van splitsing kan ten vroegste worden verleden op de dag na de dag waarop het laatst verzet kon worden aangetekend. Dat betekent dat wanneer de aankondiging heeft plaatsgehad op 18 februari, de verzettermijn aanvangt op 19 februari en verzet kan worden aangetekend tot en met 18 maart, behoudens uitzonderingen krachtens de Algemene

²³⁸ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 113, 114.

²³⁹ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 16.

Termijnenwet. De akte van splitsing kan dan ten vroegste worden verleden op 19 maart.

De termijn van zes maanden geldt niet indien verzet is aangetekend. Indien verzet is aangetekend, moet de akte van splitsing worden verleden binnen een maand na intrekking van het verzet of nadat de opheffing van het verzet uitvoerbaar is geworden (artikel 2:334n lid 1 BW).

De wet bevat geen bepaling over de taal waarin de akte van splitsing moet worden verleden. Indien een verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing wordt opgericht, moeten in elk geval de statuten van die verkrijgende rechtspersoon worden opgesteld in het Nederlands (artikel 2:27 lid 2 BW, artikel 2:53a jo. artikel 2:27 lid 2 BW, artikel 2:65 BW, artikel 2:176 BW en artikel 2:286 lid 2 BW). De akte van splitsing kan naar mijn mening in iedere taal luiden, mits de notaris deze taal verstaat. Artikel 35 Wet beëdigde vertalers is naar mijn mening niet van toepassing. Krachtens artikel 35 Wet beëdigde vertalers moet slechts van stukken of opgaven die in een vreemde taal zijn gesteld en krachtens wettelijk voorschrift in openbare registers moeten worden ingeschreven, een getrouwe vertaling in het Nederlands worden gevoegd, vervaardigd en voor overeenstemmend verklaard door een voor die brontaal beëdigde vertaler. Artikel 2:334n lid 3 BW bepaalt slechts dat de splitsing – i.e. het rechtsfeit – moet worden ingeschreven en bepaalt daarnaast uitdrukkelijk dat een afschrift van de akte van splitsing moet worden neergelegd. Ten aanzien van neer te leggen documenten geldt artikel 35 Wet beëdigde vertalers niet.

3.9.12 Van kracht worden en inschrijving splitsing

De splitsing wordt van kracht met ingang van de dag na die waarop de akte van splitsing is verleden (artikel 2:334n BW). Dat betekent dat, wanneer de akte is verleden op 31 december, de splitsing van kracht wordt met ingang van 1 januari, 0.00 uur. De Zesde richtlijn bepaalt in artikel 15 dat lidstaten zelf de mogelijkheid hebben te bepalen op welk moment de splitsing (juridisch) van kracht wordt. Het juridisch van kracht worden van de splitsing staat los van het moment waarop de splitsing boekhoudkundig/economisch van kracht wordt.

Helaas heeft de Nederlandse wetgever voor een nogal starre benadering gekozen wat betreft het van kracht worden van splitsing. Een splitsing die van kracht wordt onder voorwaarde of tijdsbepaling is naar Nederlands recht niet mogelijk. In de Memorie van toelichting bij de splitsingswetgeving is, evenals in de Memorie van toelichting bij de fusiewetgeving,²⁴⁰ niet gemotiveerd waarom gekozen is voor het van kracht worden met ingang van de dag die volgt op de dag waarop de akte van splitsing is verleden. Bij de totstandkoming van de splitsingswetgeving is slechts gememoreerd dat wat dit betreft is aangesloten bij de regeling omtrent fusie.²⁴¹ Het

240 *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 453, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 13.

241 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 16.

zou aanbevelenswaardig zijn wanneer artikel 2:334n lid 1 BW in die zin wordt gewijzigd dat splitsing – evenals fusie – van kracht kan worden onder een in de notariële akte van splitsing opgenomen voorwaarde of tijdsbepaling.

Nadat de splitsing van kracht is geworden, moet de splitsing worden ingeschreven in het handelsregister en in eventuele openbare registers. De inschrijving van de splitsing in het handelsregister is geen constitutief vereiste voor het van kracht worden van de splitsing en de inschrijving in openbare registers is geen constitutief vereiste voor de overgang van vermogensbestanddelen van de gesplitste rechtspersoon op de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen.

Elke verkrijgende rechtspersoon en de gesplitste rechtspersoon, mits die na de splitsing voortbestaat, moet de splitsing binnen acht dagen na het verlijden van de akte van splitsing inschrijven in het handelsregister (artikel 2:334n lid 3 BW). De gesplitste rechtspersoon kan de splitsing niet meer inschrijven, indien die als gevolg van de splitsing is opgehouden te bestaan. In dat geval zijn elk van de verkrijgende rechtspersonen tot inschrijving verplicht.

Ten gevolge van de splitsing kunnen goederen onder algemene titel zijn overgegaan op een verkrijgende rechtspersoon, zonder dat daarvoor een inschrijving is vereist in een openbaar register, hetgeen anders is bij een overdracht onder bijzondere titel. In artikel 2:334n lid 4 BW is daarom bepaald dat de verkrijgende rechtspersoon, voor zover het goederen betreft die op hem zijn overgegaan, binnen een maand na de splitsing opgave moet doen aan de beheerder van openbare registers waarin overgang van rechten of de splitsing kan worden ingeschreven. Hierbij kan gedacht worden aan de inschrijving van de overgang van onroerende zaken.²⁴²

3.9.13 Vernietiging van splitsing

3.9.13.1 Vernietiging op basis van artikel 2:334u BW

Vernietiging van een splitsing heeft vergaande gevolgen: de vermogensovergang wordt teruggedraaid, evenals de aandelenruil en de gesplitste rechtspersoon, voor zover die is opgehouden te bestaan, wordt geacht te hebben voortbestaan. Om die reden en vanuit rechtszekerheidsoogpunt kan een splitsing slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden vernietigd worden. De Zesde richtlijn geeft hiervoor een duidelijk raamwerk in artikel 19 Zesde richtlijn (zie tevens paragraaf 2.10). In artikel 19 Zesde richtlijn wordt een aantal vernietigingsgronden opgesomd en lidstaten hebben niet de vrijheid die vernietigingsgronden uit te breiden. Artikel 19 Zesde richtlijn is geïmplementeerd in artikel 2:334u BW. Vernietiging van een splitsing is een *ultimum remedium*. De vernietiging geschiedt door middel van een uitspraak van de rechtbank in door de wet omschreven gevallen. Een niet door de rechter vernietigde splitsing is geldig (artikel 2:334u lid 2 BW). Bovendien heeft de rechter

²⁴² Zie bijvoorbeeld artikel 33 lid 5 Kadasterwet.

niet de plicht een splitsing te vernietigen en de rechter kan bepalen dat een splitsing niet wordt vernietigd indien een verzuim binnen een door de rechter te bepalen termijn is hersteld of de reeds ingetreden gevolgen van de splitsing bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt (artikel 2:334u lid 4 sub a en b BW). Daarnaast kan een vordering tot vernietiging slechts worden ingesteld gedurende een tijdvak van zes maanden na de nederlegging van de akte van splitsing ten kantore van de openbare registers van de woonplaatsen van de verkrijgende rechtspersonen en de gesplitste rechtspersoon (artikel 2:334u lid 3 BW). De woorden ‘openbare registers’ in artikel 2:334u lid 2 BW wekken verwarring: is hier de neerlegging van de akte van splitsing bij het handelsregister bedoeld in de zin van artikel 2:334n lid 3 BW, of de inschrijving in de ‘andere openbare registers’ als bedoeld in artikel 2:334n lid 4 BW? In de Memorie van toelichting wordt slechts gesteld dat het betreft ‘alle registers, waarbij de akte van splitsing moet worden gedeponeed’.²⁴³ Het gaat hier echter om de deponering bij het handelsregister.²⁴⁴

De vordering tot vernietiging wordt ingesteld bij de rechtbank van de woonplaats van de gesplitste rechtspersoon tegen alle verkrijgende rechtspersonen en de eventueel voortbestaande gesplitste rechtspersoon (artikel 2:334u lid 2 BW jo. artikel 995 Rv). De vordering kan worden ingesteld door belanghebbenden: leden of aandeelhouders van de rechtspersonen, een bestuurder of andere belanghebbenden.²⁴⁵ Raaijmakers is van mening dat belanghebbenden die al bijzondere bescherming genieten, zoals crediteuren, niet als belanghebbenden in de zin van artikel 2:334u lid 2 BW kwalificeren en dus geen vordering tot vernietiging kunnen instellen.²⁴⁶ Hoewel in de visie van Raaijmakers wel een kern van waarheid zit, zou ik niet in alle gevallen zo ver willen gaan. Artikel 2:334u lid 2 BW biedt daar immers niet de ruimte toe.

Zoals in het voorgaande reeds uiteengezet, zijn de gevallen waarin de rechter de splitsing kan vernietigen, limitatief opgesomd (artikel 2:334u lid 1 BW). Een splitsing kan alleen vernietigd worden indien (i) de notariële akte geen authentiek geschrift is, (ii) een partij bij de splitsing ontbonden is, en indien reeds uit hoofde van de vereffening een uitkering is gedaan, (iii) een partij bij de splitsing in faillissement of surseance van betaling verkeert, (iv) de akte van splitsing reeds is verleden voordat crediteurenverzet is ingetrokken of opheffing van het verzet uitvoerbaar is, (v) de notariële voetverklaring ontbreekt, (vi) een besluit van de

243 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 20.

244 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 263.

245 In HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149, oordeelde de Hoge Raad over de vraag wie ‘belanghebbende’ is bij een vordering tot vernietiging van een beschikking van de rechtbank tot goedkeuring van een fusie van een stichting op grond van artikel 2:317 lid 5 BW. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat een oprichter of iemand die ten tijde van de totstandkoming van het fusiebesluit deel uitmaakt van een van de organen van de stichting, in beginsel als belanghebbende moet worden aangemerkt. Volgens Raaijmakers is er geen reden om aan te nemen dat het begrip ‘belanghebbende’ in artikel 2:334u lid 2 BW een andere betekenis heeft als in artikel 2:317 BW.

246 Raaijmakers en Van der Sangen 2003, artikel 323 aant. 4 onder e.

algemene vergadering – of bij een stichting, van het bestuur – nietig is, niet van kracht is of er een grond voor vernietiging is van een voor de splitsing vereist besluit en (vii) indien een stichting splitst, goedkeuring van de rechtbank op basis van artikel 2:334m lid 5 BW ontbreekt.

De wet somt ook gevallen op waarin een splitsing niet wordt vernietigd: (i) indien een verzuim binnen een door de rechter bepaalde termijn is hersteld en (ii) indien de reeds ingetreden gevolgen van de splitsing bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt (artikel 2:334u lid 4 BW).

De griffier van het gerecht waar de vordering tot vernietiging aanhangig was, moet er voor zorgen dat de vernietiging van een splitsing wordt ingeschreven in het handelsregister waar de splitsing moet zijn ingeschreven op grond van artikel 2:334n lid 3 BW (artikel 2:334u lid 6 BW). De uitspraak tot vernietiging is onherroepelijk en heeft absolute werking (artikel 2:334u lid 8 BW). De vernietiging heeft terugwerkende kracht. Dat houdt in dat verdwijnende, gesplitste rechtspersoon is blijven bestaan en dat de verkrijgende rechtspersonen, als zij bij de splitsing zijn opgericht, ten gevolge van de vernietiging zijn ophouden te bestaan.²⁴⁷

Indien de splitsing om welke reden dan ook niet wordt vernietigd, maar de eiser tot vernietiging wel schade heeft geleden door een verzuim dat tot vernietiging had kunnen leiden – met andere woorden: indien één van de omstandigheden als bedoeld in artikel 2:334u lid 1 BW zich heeft voorgedaan –, kan de rechter de verkrijgende rechtspersonen en de gesplitste rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade. De rechtspersonen kunnen zich vervolgens verhalen op de schuldigen aan het verzuim en op degenen die door het verzuim zijn bevoordeeld, tot ten hoogste het genoten voordeel (artikel 2:334u lid 5 BW). Overigens kan de vordering tot schadevergoeding voortvloeiend uit een verzuim dat tot vernietiging van de splitsing had kunnen leiden, ook ingesteld worden indien de termijn van zes maanden voor het indienen van een vordering tot vernietiging is verlopen.²⁴⁸

Gedurende de tijd dat de splitsing van kracht is geweest – i.e. het moment tussen de dag na het passeren van de notariële akte van splitsing en de vernietiging – is de splitsing geldig geweest en kunnen ten laste van de verkrijgende rechtspersonen verbintenissen zijn ontstaan. Na de splitsing is de gesplitste rechtspersoon, naast de betrokken verkrijgende rechtspersoon, hoofdelijk verbonden tot nakoming van verbintenissen die ten laste van de verkrijgende rechtspersoon zijn ontstaan, echter alleen voor zover zij zijn ontstaan in het tijdvak tussen het van kracht worden van de splitsing en voordat de vernietiging van de splitsing in de registers is ingeschreven (artikel 2:334u lid 7 BW).

247 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 155. Dit impliceert een uitzondering op artikel 2:4 lid 2 BW dat bepaalt dat vernietiging van de oprichtingshandeling het bestaan van de rechtspersoon niet aantast.

248 Rb. Amsterdam 6 februari 2002, JOR 2002/61.

Koster heeft in zijn dissertatie de aanbeveling gedaan de regeling omtrent vernietiging van splitsingen af te schaffen.²⁴⁹ Hij vraagt zich af of de vernietigingsregeling nog wel toegevoegde waarde heeft, omdat daar in de praktijk niet een geslaagd beroep op kan worden gedaan en de mogelijkheid tot vernietiging vooral schijnbescherming biedt aan degenen die daar een beroep op kunnen doen.²⁵⁰

3.9.13.2 Vernietiging op basis van (faillissements)pauliana

Met de regeling omtrent vernietiging van splitsing, heeft zowel de Europese wetgever als de nationale, Nederlandse wetgever een rechtszeker kader willen scheppen waarbinnen splitsingen óf geldig zijn, óf vernietigd kunnen worden gedurende een beperkte tijd van zes maanden na het van kracht worden van de splitsing. De vraag in dit verband is of de rechtshandeling tot splitsing eventueel vernietigbaar is op grond van de *actio pauliana* (artikel 3:45 BW) dan wel op grond van de faillissementspauliana (artikel 42 Fw), indien de rechtshandeling splitsing als paulianeus zou kunnen worden aangemerkt. Buijn leest artikel 2:334u BW zo dat uitsluitend vernietiging van een splitsing mogelijk is op basis van dat artikel en niet op basis van de *actio pauliana*.²⁵¹ Ten Voorde was in 2006 van mening dat vernietiging op basis van de *actio pauliana* mogelijk is,²⁵² terwijl Verbrugh in 2007 van mening was dat een vordering tot vernietiging van een splitsing op grond van de *actio pauliana* niet mogelijk is.²⁵³ Schoonbrood en Van der Hoek zijn van oordeel dat de wet in de vorm van artikel 2:334u BW een uitputtende regeling voor de vernietiging van een juridische splitsing kent.²⁵⁴

De Rechtbank Zutphen heeft op 29 december 2010 geoordeeld over een splitsing en de faillissementspauliana.²⁵⁵ De curator stelde dat door een afsplitsing de crediteuren van de gefailleerde vennootschap geen verhaal meer hadden op de onroerende zaken van de splitsende vennootschap, terwijl zij dat zonder de splitsing wel zouden hebben. De curator stelde dat de splitsing een onverplichte rechtshandeling betrof en dat de partijen bij de splitsing wisten of behoorden te weten dat met de splitsing de belangen van de schuldeisers benadeeld zouden worden.

De Rechtbank zag zich voor de vraag gesteld of de regeling omtrent vernietiging van splitsing in de Zesde richtlijn – en daarmee naar mijn mening ook de regeling in artikel 2:334u BW – een uitputtende regeling is in die zin, dat alleen vernietiging op basis van die regeling mogelijk is, of dat deze regelingen nog ruimte laten voor

249 Koster 2009, p. 360.

250 Koster 2009, p. 359.

251 Buijn 1996, p. 103.

252 Ten Voorde 2006, p. 203, 204.

253 Verbrugh 2007, p. 95.

254 Schoonbrood en Van der Hoek 2011, p. 883 – 885.

255 Rb. Zutphen 29 december 2010, RN 2011/30, JOR 2001/302.

vernietiging van een splitsing op basis van de actio pauliana of faillissements-pauliana.²⁵⁶ De rechtbank overwoog dat het niet strookt met de beoogde rechtszekerheid die door de Zesde richtlijn wordt nagestreefd dat een splitsing ook na verloop van de termijn van zes maanden van artikel 2:334u lid 3 BW kan worden vernietigd, maar dat de Zesde richtlijn een vernietiging op basis van de actio pauliana ook niet uitsluit. Voorts overwoog de rechtbank dat de vernietiging op basis van de actio pauliana minder ingrijpend is dan de vernietiging op basis van artikel 2:334u BW. Toepassing van de actio pauliana leidt bijvoorbeeld niet tot het ophouden te bestaan van nieuw opgerichte vennootschappen en de actio pauliana heeft geen gevolgen voor de toegekende aandelen, omdat de vernietiging van de actio pauliana slechts *relatieve* en niet *absolute* werking heeft.

De rechtbank concludeerde dat de vraag of de regeling omtrent vernietiging van splitsing een uitputtende regeling is en of daarnaast nog ruimte is voor vernietiging op basis van de actio pauliana alleen beantwoord kan worden door het Hof van Justitie van de EU door het stellen van prejudiciële vragen.²⁵⁷ De rechtbank heeft omwille van de vertraging van het proces en om redenen van proceseconomie geen prejudiciële vragen gesteld, maar is nagegaan of de curator terecht een beroep heeft gedaan op de actio pauliana. Indien geen terecht beroep zou zijn gedaan op de actio pauliana, zou immers het belang van de beantwoording van die (prejudiciële) rechtsvraag komen te ontvallen.

Voor een succesvol beroep op de actio pauliana moeten de schuldeisers zijn benadeeld, de failliet wist of had moeten weten dat de rechtshandeling – in dit geval de splitsing – benadelend was voor schuldeisers in geval van faillissement en dat het faillissement naderde. In het onderhavige geval konden de partijen bij de splitsing niet weten en behoeften zij niet te weten dat de crediteuren als gevolg van de splitsing in hun verhaalsmogelijkheden zouden worden benadeeld. Het beroep op de actio pauliana werd in dit geval afgewezen.

Met de uitspraak van de Rechtbank Zutphen is niet duidelijk geworden of de regeling omtrent vernietiging in de Zesde richtlijn en artikel 2:334u BW uitputtend is en of daarnaast nog ruimte is voor vernietiging op basis van de actio pauliana. Nagtegaal heeft in zijn noot bij de uitspraak van de Rechtbank Zutphen het standpunt ingenomen dat het doel en de strekking van artikel 2:334u BW zich niet verzetten tegen het instellen van de actio pauliana tot vernietiging van een splitsing.²⁵⁸ Schoonbrood en Van der Hoek waren daarentegen wel van oordeel dat de wet in de vorm van artikel 2:334u BW een uitputtende regeling voor de vernietiging van een juridische splitsing kent.²⁵⁹ De overwegingen van de Zesde Richtlijn en de redactie van de wettekst van art. 2:334u BW laten naar hun mening

256 Rb. Zutphen 29 december 2010, RN 2011/30, JOR 2001/302, overweging 7.8.

257 Rb. Zutphen 29 december 2010, RN 2011/30, JOR 2010/302, overweging 7.12.

258 Rb. Zutphen 29 december 2010, RN 2011/30, JOR 2010/302, (m. nt. Nagtegaal).

259 Schoonbrood en Van der Hoek 2011, p. 883 – 885.

geen ruimte voor andere vernietigingsgronden, waardoor geen beroep kan worden gedaan op bijvoorbeeld de actio Pauliana en de faillissementspauliana.

Doordat de rechtbank geen prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Hof van Justitie van de EU, is hierover bij de uitspraak van de rechtbank geen duidelijkheid ontstaan. In hoger beroep bij Hof Arnhem is die duidelijkheid wel ontstaan.²⁶⁰ Het Hof overwoog dat splitsing moet worden geïnterpreteerd in het licht van de Zesde richtlijn en dat lidstaten de vrijheid hebben de gronden op basis waarvan een splitsing vernietigd kan worden, uit te breiden. Het Hof concludeert dat de Nederlandse wetgever van deze mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt en dat uit de parlementaire geschiedenis is af te leiden dat artikel 2:334u BW een exclusieve regeling is. Naast artikel 2:334u BW bestaat geen ruimte voor andere soorten vernietiging, zoals de vernietiging op basis van de (faillissements)pauliana.²⁶¹ De uitspraak van Hof Arnhem geeft de nodige duidelijkheid over de exclusiviteit van de vernietiging van splitsing op basis van artikel 2:334u BW. Het rechtszekere kader dat met de Zesde richtlijn en artikel 2:334u BW wordt gecreëerd zou immers teniet worden gedaan indien naast de gewone vernietiging nog plaats zou zijn voor vernietiging op basis van de actio pauliana. In cassatie in 2013 is deze visie van het Hof bevestigd door de Hoge Raad.²⁶² In zijn conclusie heeft A-G Timmerman echter opgemerkt dat het besluit van de aandeelhoudersvergadering tot splitsing wel met een beroep op de actio Pauliana kan worden vernietigd, hetgeen weer een grond voor vernietiging van de splitsing zelf is (artikel 2:334u lid 1 sub c BW).²⁶³ Opgemerkt dient te worden dat deze grond voor vernietiging niet kan worden ingeroepen indien het bestuur tot splitsing besluit, zoals in de gevallen van artikel 2:334ff BW.

3.9.13.3 Vernietiging en non-existentie

In de literatuur is discussie geweest over de vraag of, naast de mogelijkheid van vernietiging van splitsing, nog ruimte zou bestaan voor ‘non-existentie’ van splitsing. In dezelfde discussie stond ook de non-existentie van fusie centraal. Koster is van mening dat een rechtshandeling aan ‘essentialia’ van een juridische splitsing moet voldoen om als juridische splitsing gekenmerkt te worden.²⁶⁴ Hij beschrijft echter niet wat die essentialia zijn.

260 Hof Arnhem 25 september 2012 (Favini), RO 2013/2, JOR 2012/343 (m. nt. Nagtegaal).

261 Hof Arnhem 25 september 2012 (Favini), RO 2013/2, r.o. 4.11 t/m 4.16.

262 HR 20 december 2013 (Favini), RO 2014/14, r.o. 4.1.2, 4.1.3 en 4.1.4.

263 Conclusie A-G Timmerman bij HR 20 december 2013 (Favini), RO 2014/14, overweging 3.15.

Uiteraard zal, indien vernietiging van een juridische splitsing wordt gevorderd op basis van aanwezigheid van een grond voor vernietiging van een voor een juridische splitsing vereist besluit, ook vernietiging van dat besluit moeten worden gevorderd. Zie hierover: Van der Heijden en Van der Grinten 2013, p. 941.

264 Koster 2009, p. 358.

Zaman constateert dat in de notariële praktijk regelmatig rechtsvragen opkomen naar de geldigheid van fusies en splitsingen.²⁶⁵ Die vragen komen naar zijn mening vooral voort uit onduidelijke wetgeving. Zaman is van mening dat alleen op basis van het niet voldoen aan de vereisten genoemd in artikel 2:334u BW een splitsing vernietigd kan worden – en dat gedurende een beperkte termijn van zes maanden – en dat daarnaast geen ruimte is voor nietigheid of non-existentie van splitsing. Het uitgangspunt van zowel de nationale, Nederlandse wetgever, als de Europese wetgever, is dat, als voldaan is aan wettelijke controles – welke controles in Nederland worden uitgevoerd door de notaris – slechts een klein risico op vernietiging van een splitsing bestaat en geen risico op nietigheid of non-existentie. Dat de gronden op basis waarvan vernietiging van splitsing plaats kan vinden limitatief zijn en artikel 2:334u BW een exclusieve regeling is voor de vernietiging van splitsing, is nog eens bevestigd door Hof Arnhem in 2012²⁶⁶ en de Hoge Raad in 2013.²⁶⁷ Het zou mij wel heel vreemd voorkomen indien naast de mogelijkheid tot vernietiging van splitsing op basis van artikel 2:334u BW nog een mogelijkheid tot non-existentie van splitsing zou bestaan, als zelfs vernietiging op basis van de (faillissements)pauliana is uitgesloten, zoals Hof Arnhem oordeelde en de Hoge Raad bevestigde. Voor de gebreken die niet genoemd zijn in artikel 2:334u BW, heeft de notariële voetverklaring daarom ‘een helende werking’. Voorts dient nog opgemerkt te worden dat bij grensoverschrijdende fusie de mogelijkheid tot vernietiging zelfs geheel is uitgesloten.²⁶⁸

Indien er dan toch bepaalde materiële gebreken kleven aan een splitsing, stelt Zaman voor dat artikel 2:21 lid 2 BW naar analogie toegepast zou moeten kunnen worden, op basis waarvan bij ontbinding van een vennootschap door de rechtbank de vennootschap niet wordt ontbonden indien hij na afloop van die termijn een vennootschap is die aan de eisen van de wet voldoet. Voor analoge toepassing van artikel 2:21 lid 2 BW bij non-existente fusies en splitsingen – als non-existentie al zou kunnen bestaan – is echter een wetswijziging noodzakelijk.²⁶⁹

Schoonbrood en Van Olffen zijn een andere mening toegedaan.²⁷⁰ Non-existentie bestaat volgens hen naast de mogelijkheid van vernietiging van fusies en splitsingen op basis van art. 2:323 BW en art. 2:334u BW. Schoonbrood en Van Olffen zijn van mening dat splitsingen non-existent kunnen zijn indien de splitsing wel de kenmerken van die rechtshandelingen vertoont, maar toch niet een splitsing is omdat ten minste één van de essentialia van de rechtshandeling ontbreekt, zelfs al is er een voetverklaring van de notaris in de zin van art. 2:334n lid 2 BW. Hetzelfde geldt naar hun mening voor fusie. Schoonbrood en Van Olffen onderscheiden een aantal essentiële kenmerken van splitsing en kennen daarbij een grote rol toe aan

265 Zaman 2009, p. 743-744.

266 Hof Arnhem 25 september 2012 (Favini), RO 2013/2, r.o. 4.11 t/m 4.16.

267 HR 20 december 2013 (Favini), RO 2014/14, r.o. 4.1.2, 4.1.3 en 4.1.4.

268 Artikel 17 Richtlijn 2005/56/EG en artikel 2:333l BW.

269 In dezelfde zin: Koster 2013, p. 53 – 59.

270 Schoonbrood en Van Olffen 2011-I, p. 104 – 111.

bepaalde uitspraken in de parlementaire geschiedenis. Zij lijken echter minder belang te hechten aan de Europese context van de splitsingswetgeving.²⁷¹ Argumenten als rechtszekerheid, welke voornamelijk wordt gecreëerd door de controlerende taak van de notaris, welke zijn beslag krijgt in de notariële voetverklaring, achten zij in ieder geval niet van doorslaggevend belang. Bij splitsing lijken zij voornamelijk de niet-wettelijke eis van structuurwijziging bij splitsing en de toekenning van aandelen als essentiële kenmerken te zien.²⁷² Als aan die eisen niet voldaan is, zou volgens hen de splitsing non-existent zijn.

Naar mijn mening kan een splitsing niet non-existent zijn. Hetzelfde geldt voor fusie. De Europese wetgever heeft in de considerans bij de Zesde richtlijn overwogen dat ‘om de rechtszekerheid in de betrekkingen tussen de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen, tussen dezen en derden, alsook tussen de aandeelhouders te waarborgen, de gevallen van nietigheid moeten worden beperkt, waarbij enerzijds moet worden uitgegaan van het beginsel dat gebreken waar mogelijk worden hersteld, en anderzijds voor het invoeren van nietigheid een korte termijn moet worden gesteld’. Eenzelfde overweging is opgenomen in de considerans bij de Derde richtlijn. De Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie gaat nog verder. In overweging 8 van de considerans van de Tiende richtlijn wordt overwogen dat ‘om de rechtszekerheid te waarborgen, moet worden verboden dat een grensoverschrijdende fusie nietig kan worden verklaard nadat zij van kracht is geworden’.

De overwegingen in de Zesde richtlijn en de inhoud van artikel 19 Zesde richtlijn hebben geleid tot een limitatieve opsomming van vernietigingsgronden voor splitsingen in de Nederlandse wetgeving. De Europese wetgever heeft een rechtszeker kader willen scheppen waarbinnen splitsingen óf geldig zijn óf voor vernietiging vatbaar. Het aanvaarden van non-existentie bij splitsing zou een grote onzekerheid met zich brengen en als de Europese wetgever de mogelijkheid tot non-existentie had willen invoeren, dan had dat moeten gebeuren via de Zesde richtlijn. Uit niets blijkt echter dat de Europese wetgever een rol heeft willen toedelen aan non-existentie bij splitsing – en fusie.

Daarnaast is niet geheel duidelijk wat essentiële kenmerken zijn van splitsing.²⁷³ Uiteraard kan een enuntiatieve opsomming worden gegeven van de essentiële kenmerken van splitsing. De essentiële kenmerken zijn weliswaar af te leiden uit de wettelijke bepalingen van Afdeling 2.7.4. BW en 2.7.5. BW en de parlementaire geschiedenis, maar een opsomming in de wet van de essentiële kenmerken van splitsing ontbreekt. Het is bovendien niet duidelijk welk gewicht aan die afzonderlijke essentiële kenmerken moet worden toegekend en bij wet is ook niet de sanctie

271 Voor enige relativisering van de betekenis van de parlementaire geschiedenis voor de uitleg van de wet wordt verwezen naar Snijders 2008, p. 843 – 849.

272 Schoonbrood en Van Olffen 2011-I, p. 107, 109.

273 Verstappen 2012, p. 938 – 941.

van non-existentie verbonden aan het niet voldaan zijn aan een essentieel kenmerk.²⁷⁴ Uiteraard moet een splitsing wel aan de enge wettelijke omschrijving voldoen van artikel 2:334a BW. Een splitsing waarbij vermogen van meerdere rechtspersonen overgaat op meerdere verkrijgende rechtspersonen valt niet binnen de definitie van splitsing – en ook niet binnen de definitie van fusie – en is derhalve geen splitsing, noch een fusie. Een notariële voetverklaring brengt daar geen verandering in. Ik ben van mening dat zo een ‘voetverklaring’ geen voetverklaring in de zin van artikel 2:334n lid 2 BW is.²⁷⁵

Bovendien is het de vraag wat de betekenis is van het begrip ‘non-existentie’ en of het onderscheid tussen non-existentie en nietigheid niet heel gering is.²⁷⁶ In Asser/Hartkamp & Sieburgh, wordt de idee van non-existentie verworpen, mede omdat non-existentie ‘geen duidelijkheid geeft en non-existentie afhangt van de vraag welke elementen van een rechtshandeling als essentieel worden beschouwd’.²⁷⁷ Bovendien zijn aan het onderscheid tussen nietigheid en non-existentie geen rechtsgevolgen verbonden en zijn de wettelijke bepalingen die over nietigheid spreken, ook op non-existentie van toepassing.²⁷⁸ Kortom: non-existentie als begrip komt niet in de wet voor en om die reden is het zuiverder de term ‘nietigheid’ te gebruiken in plaats van non-existentie. Juist de nietigheid van fusie en splitsing heeft zowel de Europese als de nationale wetgever rigoreus willen terugdringen. Het zou dan wel heel vreemd zijn indien de supranationale en de nationale wetgever non-existentie zouden aanvaarden voor fusie en splitsing (die wat betreft rechtsgevolgen gelijk zijn aan nietigheid), terwijl nietigheid juist ongewenst wordt geacht. Ook in de Duitse literatuur gaat men uit van de onmogelijkheid van nietigheid en non-existentie.²⁷⁹

Daarnaast zou het, gezien de voorgaande overwegingen, vreemd zijn als een splitsing non-existent zou kunnen zijn, omdat de non-existentie tot in lengte der dagen zou kunnen voortduren. De mogelijkheid tot vernietiging van een splitsing bestaat slechts gedurende zes maanden, bij non-existentie is dat niet het geval. Bovendien geschiedt de vernietiging door een uitspraak van de rechter (artikel 2:334u lid 2 BW), indien een splitsing non-existent zou kunnen zijn, is er geen wettelijke bepaling op basis waarvan de rechter de non-existentie kan vaststellen.²⁸⁰

Schoonbrood en Van Olffen hebben in een later stadium hun opvatting over de ‘helende werking’ van de notariële voetverklaring genuanceerd.²⁸¹ Als ik het goed begrijp, zijn zij van mening dat, wanneer aan een splitsing gebreken kleven die niet gebracht kunnen worden onder de beperkte wettelijke gronden voor vernietiging en

274 Zaman, Van Eck en Roelofs 2011, p. 872.

275 Zaman, Van Eck en Roelofs 2011, p. 874.

276 Zaman, Van Eck en Roelofs 2011, p. 873.

277 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, 2009/610.

278 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, 2009/611.

279 Beutel 2008, p. 220.

280 Zaman, Van Eck en Roelofs 2011, p. 877

281 Schoonbrood en Van Olffen 2011-II, p. 878.

de notaris een onjuiste voetverklaring afgeeft, de splitsing op grond van die onjuiste voetverklaring niet alsnog kan worden vernietigd. Zij erkennen daarmee dat de notariële voetverklaring in zekere zin een helende werking heeft, maar zij zien dat als een gevolg van het feit dat de wet de gronden voor vernietiging limiteert – tot de gevallen als genoemd in artikel 2:334u BW, toevoeging ERR. Het gaat hun echter te ver te zeggen dat een rechtshandeling die niet voldoet aan een wezenskenmerk door de voetverklaring transformeert in een geldige splitsing. Schoonbrood en Van Olffen hechten daarbij belang aan de entiteiten die partij kunnen zijn bij een splitsing (of fusie) en de toekenning van aandelen, tenzij daarvoor een vrijstelling geldt, zoals in artikel 2:334e BW. Zij zien daarbij een belangrijke taak weggelegd voor de notaris, die zal moeten nagaan of een splitsing (of fusie) als de gepresenteerde rechtshandeling kwalificeert.

HOOFDSTUK 4

TOELAATBAARHEID VAN GRENDOVERSCHRIJDENDE SPLITSING

4.1 Inleiding

De behandeling van ipr-kwesties betreffende grensoverschrijdende splitsing valt, net als de behandeling van ipr-kwesties bij grensoverschrijdende fusie,¹ uiteen in twee gedeelten.² In de eerste plaats is het *internrechtelijk* gedeelte, dat de vraag naar de *toelaatbaarheid* van een grensoverschrijdende splitsing behelst. Deze wordt beheerst door het door het conflictenrecht aangewezen nationale recht van een staat dat van toepassing is op een rechtspersoon, de *lex societatis*. In de tweede plaats is er het *conflictenrechtelijk* gedeelte, dat de vraag naar het op – onderdelen van – een grensoverschrijdende splitsing – als rechtshandeling – *toepasselijke recht* betreft.³ De vraag naar de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende splitsing gaat vooraf aan de vraag welk recht van toepassing is op een grensoverschrijdende splitsing. Deze vraag staat in dit hoofdstuk centraal.

In paragraaf 4.2. zal de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing als onderdeel van het internationaal privaatrecht behandeld worden. In paragraaf 4.3. zal de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing besproken worden. Omdat grensoverschrijdende fusie, zoals opgenomen in de SE-Verordening,⁴ de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie⁵ en de implementatiewetgevingen van de Tiende richtlijn van de lidstaten, veel overeenkomsten vertoont met de grensoverschrijdende splitsing, zal de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing geplaatst worden in het kader van de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie, zowel voordat voornoemde regelingen van kracht werden als na het van kracht worden van die regelingen. In paragraaf 4.4. zal ik de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing in andere lidstaten van de EU behandelen. Achtereenvolgens zal ik

1 Van Solinge 1994, p. 171 en Van Boxel 2011, p. 20.

2 Roelofs 2009, p. 275.

3 Van Solinge 1994, p. 161.

4 Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), Pb. EU L 294 van 10 november 2001 p. 1 – 21.

5 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, Pb. EU L 310 van 25 november 2005, p. 1 – 9.

belichten hoe de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing wordt beantwoord vanuit Luxemburgs, Deens, Fins en Duits perspectief. In paragraaf 4.5. zal ik mijn eigen visie ten aanzien van de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing uiteenzetten. In paragraaf 4.6. volgen conclusies en aanbevelingen.

4.2 De vraag naar toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing als onderdeel van het internationaal privaatrecht

De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing dient onafhankelijk van het op andere bij de splitsing betrokken rechtspersonen toepasselijke recht te worden beantwoord.⁶ De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing is een vraag die louter wordt beantwoord aan de hand van het *interne recht* van de staat waarvan het recht van toepassing is op een rechtspersoon die bij de splitsing betrokken is.⁷ Uiteraard kan het interne recht wel voor de beantwoording van deze vraag verwijzen naar het recht dat van toepassing is op de andere rechtspersonen die bij de splitsing betrokken zijn. In dat geval wordt de vraag naar de toelaatbaarheid beantwoord aan de hand van het reciprociteitsbeginsel. Een voorbeeld hiervan is het Luxemburgse recht.⁸

De vraag naar de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende splitsing moet voor alle rechtspersonen die bij de splitsing betrokken zijn positief worden beantwoord. De positieve beantwoording is cruciaal: zonder positieve beantwoording kan een rechtspersoon niet betrokken zijn bij een grensoverschrijdende splitsing. De tweede ipr-vraag betreffende het toepasselijke recht op een grensoverschrijdende splitsing als rechtshandeling, is bij een negatieve beantwoording van de toelaatbaarheidsvraag niet meer aan de orde.

4.2.1 *Het interne recht en de lex societatis*

Alvorens de vraag naar de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende splitsing beantwoord kan worden, moet eerst het toepasselijke recht worden bepaald ten aanzien van een rechtspersoon die betrokken is bij een grensoverschrijdende splitsing of waarvan betrokkenheid bij een grensoverschrijdende splitsing gewenst. Immers, alleen aan de hand van dat (interne) recht kan vastgesteld worden of vanuit het oogpunt van dat recht een grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar is of niet.

6 Van Solinge 1994, p. 161 en 171 en Van Solinge, 2003, p. 35. Enigszins genuanceerder: Vlas 2002-I, p. 162. Vlas was in 2002 van mening dat een voorwaarde voor de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie was dat de rechtsstelsels van de betrokken landen de juridische fusie kennen.

7 Van Veen 2013-II, p. 46.

8 Vgl. art. 257 La loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (Luxemburg), Memorial Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, A - No. 46, 30 mars 2007.

Zoals uiteengezet in paragraaf 1.4.2, wordt het op een rechtspersoon toepasselijke recht – de *lex societatis* – bepaald aan de hand van hetzij de *siège réel-leer*, hetzij de *incorporatieleer*. Zoals uiteengezet in paragraaf 1.4.2., heeft het begrip '*lex societatis*' een hybride betekenis. Enerzijds bevat de *lex societatis*, als recht dat van toepassing is op een rechtspersoon, eisen waaraan die rechtspersoon moet voldoen ten aanzien van de locatie van de statutaire zetel en/of hoofdbestuur. Anderzijds is de *lex societatis* een regel van ipr, die het op een rechtspersoon toepasselijke recht aanwijst.

Vanuit Nederlands oogpunt geldt zowel voor door Nederlands recht beheerste rechtspersonen als voor rechtspersonen die worden beheerst door het recht van een andere staat de *incorporatieleer*. Voor door Nederlands recht beheerste rechtspersonen is de *incorporatieleer* neergelegd in de betreffende bepalingen van Boek 2 BW, voor naar buitenlands recht beheerste rechtspersonen is de *incorporatieleer* neergelegd in artikel 10:118 BW. Vanuit Nederlands oogpunt van ipr is op een Corporation met statutaire zetel in de staat Delaware, Verenigde Staten van Amerika, derhalve het recht van de staat Delaware van toepassing, onafhankelijk van de situering van het hoofdbestuur van die Corporation.

Wat betreft rechtspersonen die worden beheerst door het recht van één van de EU-lidstaten, kan de *incorporatieleer*, respectievelijk de leer van de werkelijke zetel als regel van ipr niet ongelimiteerd toegepast worden door andere lidstaten. Onder andere uit het Daily Mail-arrest,⁹ het Cartesio-arrest¹⁰ en het Vale-arrest¹¹ blijkt dat de statutaire zetel (en daarmee de *incorporatieleer*) en de werkelijke zetel/hoofdbestuur (en daarmee de leer van de werkelijke zetel) als aanknopingspunten betreffende de bepaling van het toepasselijke recht op vennootschappen (in de zin van artikel 54 VwEU, voorheen artikel 48 VEG) binnen de EU op gelijke voet naast elkaar staan.¹² Dat aanknopingspunt – de statutaire zetel en daarmee de *incorporatieleer*, dan wel de werkelijke zetel/hoofdbestuur en daarmee de leer van de werkelijke zetel – kan niet alleen gehanteerd worden om te bepalen of een vennootschap is opgericht volgens het recht van een lidstaat, maar ook om die hoedanigheid van vennootschap naar het recht van die lidstaat na de oprichting te handhaven.¹³ Het gevolg van deze overwegingen uit het Daily Mail-arrest, het Cartesio-arrest en het Vale-arrest is dat lidstaten niet zonder meer hun eigen internationaal privaatrecht van toepassing kunnen achten op vennootschappen die worden beheerst door het recht van een EU-lidstaat en daaraan hun consequenties kunnen verbinden ten aanzien het

9 HvJ EG 27 september 1988, The Queen tegen H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc., Zaak 81/87, Jur. 1988 p. 05483.

10 HvJ EG 16 december 2008, Cartesio, Zaak C-210/06, Jurisprudentie 2008, p. I-09641.

11 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsóbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jur. 2012, p. 00000, RO 2012/60.

12 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsóbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jur. 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 28.

13 HvJ EG 16 december 2008, Cartesio, Zaak C-210/06, Jurisprudentie 2008, p. I-09641, r.o. 110 en Schutte-Veenstra 2009, p. 105 – 111.

toepasselijk recht op die vennootschappen (die volgens de eigen *lex societatis* worden beheerst door het recht van een EU-lidstaat). Zou dat wel het geval zijn, dan zou dat in strijd zijn met de erkenning van vennootschappen die worden beheerst door het recht van een (andere) EU-lidstaat. Bij toepassing van de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel, zoals die is opgenomen in de wetgevingen van de verschillende lidstaten van de EU, moet derhalve rekening gehouden worden met het oprichtingsrecht, het recht waardoor een vennootschap wordt beheerst, inclusief de door die lidstaten gehanteerde incorporatieleer of leer van de werkelijke zetel.

4.2.2 Grensoverschrijdende splitsingen altijd grensoverschrijdend?

De in de vorige paragraaf en in paragraaf 1.4.2. beschreven ipr-leerstukken kunnen aanleidingen geven tot botsingen. Zo kan bijvoorbeeld de splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap met statutaire zetel in Nederland (Nederland hanteert de incorporatieleer) en hoofdbestuur in België (België hanteert de leer van de werkelijke zetel) met als verkrijgende vennootschappen door Nederlands recht beheerste vennootschappen vanuit Nederlands oogpunt worden gezien als een nationale splitsing, terwijl deze splitsing vanuit Belgisch oogpunt kan worden gezien als een grensoverschrijdende splitsing, omdat, vanwege de in België gehanteerde leer van de werkelijke zetel, de splitsende vennootschap wordt aangemerkt als een vennootschap die wordt beheerst door Belgisch recht.

In het WPNR is in het kader van een grensoverschrijdende fusie een rechtsvraag gesteld of een grensoverschrijdende fusie wel in alle gevallen als grensoverschrijdende fusie kwalificeert.¹⁴ De rechtsvraag had betrekking op de volgende casus: een door Nederlands recht beheerste vennootschap met statutaire zetel in Nederland en hoofdbestuur in België was voornemens een grensoverschrijdende fusie in de zin van de Tiende richtlijn¹⁵ te implementeren met een door Belgisch recht beheerste vennootschap. Omdat het hoofdbestuur van de door Nederlands recht beheerste vennootschap in België was gesitueerd, was de Belgische notaris van mening dat de door Nederlands recht beheerste vennootschap werd beheerst door Belgisch recht vanwege het in het Belgische recht vervatte *siège réel*-stelsel (leer van de werkelijke zetel), zoals neergelegd in artikel 110 Wetboek Internationaal Privaatrecht (België).

Gezien de omstandigheid dat (naar de mening van de Belgische notaris) beide fuserende vennootschappen door het recht van dezelfde lidstaat werden beheerst, namelijk: België, was er volgens hem geen sprake van een grensoverschrijdende fusie, maar van een nationale fusie, omdat beide vennootschappen door het recht van dezelfde staat, namelijk: België, werden beheerst.

De visie van de Belgische notaris was en is in deze casus echter niet juist. Het Belgische recht kon niet op de door Nederlands recht beheerste vennootschap

14 Vlas 2009-I, p. 377 – 378.

15 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, Pb L 310 van 25.11.2005, p. 1 – 9.

toegepast worden, omdat dat in strijd zou zijn met de vrijheid van vestiging als neergelegd in artikel 49 VwEU en zoals bevestigd in het *Überseering*-arrest,¹⁶ het *Inspire Art*-arrest¹⁷ en het *Cartesio*-arrest.¹⁸ Bovendien kon in het onderhavige geval artikel 110 Wetboek van Internationaal Privaatrecht (België) niet worden toegepast op vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een andere lidstaat. Herverwijzing op basis van artikel 110 Wetboek van Internationaal Privaatrecht (België) is eveneens niet van toepassing.¹⁹

Zoals hiervoor duidelijk is geworden, wordt de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie van rechtspersonen, welke worden beheerst door het recht van lidstaten van de EU en hun statutaire zetel en hoofdbestuur niet in dezelfde lidstaat hebben, beantwoord aan de hand van het recht waardoor die rechtspersonen wordt beheerst. Het *oprichtingsrecht* is bepalend. Hetzelfde geldt voor de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. In de hiervoor beschreven casus kan de Belgische notaris in het geval van een grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap met statutaire zetel in Nederland en hoofdbestuur in België en een door Belgisch recht beheerste verkrijgende vennootschap niet volhouden dat sprake is van een nationale splitsing die zich binnen de landsgrenzen van België afspeelt.

Het begrip ‘oprichtingsrecht’ moet ruim worden geïnterpreteerd. Een letterlijke en strikte interpretatie van het begrip ‘oprichtingsrecht’ zou betekenen dat het recht van de staat waarnaar de rechtspersoon ‘*ab initio*’ is opgericht, bepalend is voor de beantwoording van de vraag of een grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar is. Dat zou ook betekenen dat de vraag naar de toelaatbaarheid van de betrokkenheid van een rechtspersoon bij een grensoverschrijdende splitsing, welke is opgericht naar het recht van een niet-EU-lidstaat en grensoverschrijdend is omgezet in een rechtspersoon welke wordt beheerst door het recht van één van de lidstaten van de EU, zou moeten worden beantwoord aan de hand van het recht van de niet-EU-lidstaat. Dat is echter niet het geval. Dat zou immers ook de vrijheid van die rechtspersoon deel te nemen aan het verkeer binnen de interne markt van de EU onnodig belemmeren.

De term ‘oprichtingsrecht’ moet naar mijn mening worden geïnterpreteerd als ‘het recht van een staat waardoor een rechtspersoon wordt *beheerst*’. Daarbij is het irrelevant of dat het eerste recht van een staat is waardoor een rechtspersoon *ab initio* in zijn rechtspersonenrechtelijke leven wordt beheerst, dan wel een tweede of volgend recht van een andere staat, na bijvoorbeeld een grensoverschrijdende zetelverplaatsing met wijziging van de *lex societati* (ook wel aangeduid als ‘grensoverschrijdende omzetting’). Van Veen heeft in dit kader beargumenteerd dat het begrip ‘oprichting’ in Europeesrechtelijke context afwijkt van het nationale,

16 HvJ EG 5 november 2002, *Überseering*, zaak C-208/00, Jurisprudentie 2002, p. I-9919.

17 HvJ EG 30 september 2003, *Inspire Art*, zaak C-167/01, Jurisprudentie 2003, p. I-10155.

18 HvJ EG 16 december 2008, *Cartesio*, Zaak C-210/06, Jurisprudentie 2008, p. I-09641.

19 Erauw 2006, art. 110, p. 577.

Nederlandse begrip ‘oprichting’ en dat ook een grensoverschrijdende omzetting een vorm van ‘oprichting’ is in Europeesrechtelijke zin.²⁰

De ruime interpretatie van het begrip ‘oprichtingsrecht’ in de zin van het ‘recht waardoor een rechtspersoon wordt beheerst’, geldt naar mijn mening niet per definitie voor rechtspersonen die worden beheerst door het recht van niet-EU-lidstaten. Een rechtspersoon, die bijvoorbeeld wordt beheerst door het recht van een niet-EU-lidstaat die de incorporatieleer hanteert (zoals Delaware, Verenigde Staten van Amerika) en het hoofdbestuur heeft in een lidstaat van de EU die de leer van de werkelijke zetel hanteert (zoals Luxemburg), kan vanuit het perspectief van die EU-lidstaat (Luxemburg) zonder meer geacht worden een rechtspersoon te zijn die wordt beheerst door het recht van die EU-lidstaat alwaar het hoofdbestuur is gesitueerd (Luxemburg). De vrijheid van vestiging en de overwegingen uit de verschillende arresten van het Hof van Justitie van de EG/EU ten aanzien van de *erkenning* van vennootschappen die worden beheerst door het recht van andere lidstaten gelden in dit geval niet, omdat de vrijheid van vestiging niet ziet op rechtspersonen (vennootschappen in de zin van artikel 54 VwEU) die niet in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht (wederom, in de ruime zin van het woord). De vraag of die rechtspersoon betrokken kan zijn bij een grensoverschrijdende splitsing, kan dan worden beantwoord aan de hand van het ‘originele oprichtingsrecht’ (in enge zin, namelijk het recht van de staat waar de rechtspersoon zijn statutaire zetel heeft, in dit voorbeeld: het recht van de staat Delaware, Verenigde Staten van Amerika) en aan de hand van het recht van de EU-lidstaat die de leer van de werkelijke zetel hanteert en waar die rechtspersoon de werkelijke zetel heeft (in dit voorbeeld: het recht van Luxemburg).

Uiteraard kan een positieve beantwoording van de toelaatbaarheidsvraag aan de hand van het recht van de EU-lidstaat waar de rechtspersoon zijn werkelijke zetel heeft strijdig zijn met het recht van de staat waar de statutaire zetel van de rechtspersoon gesitueerd is. In dat geval zal, ter voorkoming van de situatie waarin krachtens het recht van de EU-lidstaat de vraag naar de toelaatbaarheid positief beantwoord wordt en krachtens het recht van de staat waarnaar de rechtspersoon *ab initio* is opgericht negatief wordt beantwoord (en de rechtspersoon ten gevolge van een grensoverschrijdende splitsing krachtens het recht van een EU-lidstaat ophoudt te bestaan, maar krachtens het recht van de niet-EU-lidstaat niet ophoudt te bestaan) met behulp van de regels van ipr van de betrokken staten moeten worden bepaald welk recht van toepassing is op de rechtspersoon. In het hiervoor gegeven voorbeeld zal de ipr-controverse tussen Luxemburg en Delaware opgelost moeten worden en moeten worden bepaald door welk recht de rechtspersoon wordt beheerst wat betreft de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. Vervolgens kan worden bepaald of de betrokkenheid van de rechtspersoon bij een grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar is.

²⁰ Van Veen 2013-I, p. 515, 516. Van Veen gebruikt hierbij de term ‘omzetting’ zoals die is gebruikt r.o. 30 van het Vale-arrest. In dezelfde zin: Van Veen 2012-I, p. 232 – 238.

4.3 De beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing

4.3.1 Inleiding

De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing kan vergeleken worden met de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie. Juridische splitsing en juridische fusie hebben immers veel kenmerken gemeenschappelijk. Beiden hebben als rechtsgevolg de overgang van vermogen onder algemene titel van de (af)splitsende rechtspersoon, respectievelijk verdwijnende rechtspersoon op de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen. Beiden hebben tot gevolg dat – in beginsel – leden of aandeelhouders van de (af)splitsende rechtspersoon, respectievelijk verdwijnende rechtspersoon lid of aandeelhouder worden van de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen en de (af)splitsende of verdwijnende rechtspersoon houdt op te bestaan.

Het is om deze redenen dat, alvorens ik zal ingaan op de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing, de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie zal behandelen.

Bij de beantwoording van de vraag of grensoverschrijdende fusie toelaatbaar was en is, kan een onderscheid gemaakt worden naar twee perioden: de periode vóór en na 8 oktober 2004. 8 Oktober 2004 was de datum waarop de SE-Verordening²¹ in werking trad en krachtens welke grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen voor het eerst binnen de lidstaten van de EU op communautaire basis werd gecodificeerd. Deze datum kan worden gezien als een datum die de grens tussen deze twee perioden markeert. Voor grensoverschrijdende splitsing kan de grens tussen deze twee perioden niet getrokken worden, omdat (vooralsnog) geen wetgeving op communautair niveau bestond en thans op unieniveau bestaat voor grensoverschrijdende splitsing. Ook de SE-Verordening voorziet niet in regels omtrent grensoverschrijdende splitsing. De argumenten die voor 8 oktober 2004 gebruikt werden bij de beantwoording van de vraag of grensoverschrijdende fusie toelaatbaar was, zijn echter ook interessant bij de beantwoording van de vraag of grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar is.

4.3.2 Vergelijking met toelaatbaarheid grensoverschrijdende fusie

4.3.2.1 Meningen vóór 2004

Vóór 2004 bestonden er in het Nederlandse recht geen regels omtrent grensoverschrijdende fusie, noch over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie, noch over het op een grensoverschrijdende fusie toepasselijke recht. In de doctrine

21 Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), Pb EU L 294 van 10 november 2001 p. 1 – 21.

bestond verdeeldheid over het antwoord op de vraag of een grensoverschrijdende fusie vanuit Nederlands oogpunt toelaatbaar was, wanneer een door Nederlands recht beheerste rechtspersoon daarbij was betrokken. Den Boogert constateerde in 1992 slechts dat ‘internationale fusies niet eenvoudig te realiseren zijn’.²²

In 1992 beantwoordde Dortmund de vraag of een grensoverschrijdende fusie tussen een verkrijgende Nederlandse vennootschap en een verdwijnende Italiaanse vennootschap toelaatbaar was ontkennend. Het Nederlandse recht bevatte destijds geen wettelijke bepaling over grensoverschrijdende fusie, het Italiaanse recht stond grensoverschrijdende fusie juist expliciet toe. Dortmund was van mening dat een grensoverschrijdende fusie niet mogelijk was, omdat ‘de Nederlandse vennootschap het Italiaanse vermogen niet onder algemene titel kon verkrijgen’.²³ Dortmund hechtte veel waarde aan de (on)mogelijkheid dat de Nederlandse vennootschap de activa en de passiva van de Italiaanse vennootschap kon verkrijgen. Op de mogelijkheid dat ten gevolge van de fusie de Nederlandse vennootschap van rechtswege aandelen toekent aan de aandeelhouder(s) van de Italiaanse vennootschap, ging hij niet in.

Raaijmakers was eveneens van mening dat grensoverschrijdende fusie niet mogelijk was.²⁴ Hij stelde dat artikel 2:308 lid 1 BW, en daarmee impliciet de gehele toen geldende fusiewetgeving, alleen van toepassing was op de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap welke worden beheerst door Nederlands recht en dat daaronder niet de vergelijkbare rechtsvormen naar het recht van andere staten kon worden begrepen. Het dwingendrechtelijke karakter van de bepalingen in de fusiewetgeving stond volgens hem een grensoverschrijdende fusie in de weg. Raaijmakers duidt dit aan als de ‘*bepert territoriale werking*’ van Titel 2.7 BW.

In 1993 was Vlas nog voorzichtig over het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie. Hij was toen van mening dat een grensoverschrijdende fusie niet realiseerbaar was. Dat het een buitenlandse vennootschap naar de eigen *lex societatis* wel toegelaten is bij een grensoverschrijdende fusie betrokken te zijn, acht hij niet van invloed op de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid vanuit Nederlands oogpunt.²⁵ In 2002 is Vlas positiever over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie. Hij constateert dat in het Nederlandse ipr geen geschreven regels bestaan over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie en dat bij de totstandkoming van de Wet conflictenrecht corporaties het onderwerp grensoverschrijdende fusie buiten beschouwing is gelaten. Niettemin acht hij een grensoverschrijdende fusie wel toelaatbaar, op voorwaarde dat ‘de rechtsstelsels van de betrokken landen de juridische fusie als zodanig

22 Den Boogert 1992, p. 53.

23 Dortmund 1992, p. 19.

24 Raaijmakers en Van der Sangen, ‘*GS Rechtspersonen*’, art. 2:308 BW, aant. 3 sub a. Volgens Van Veen is het een kwestie van uitleg of het gegeven dat de Nederlandse regeling alleen de fusie tussen Nederlandse rechtspersonen regelde meebracht dat een grensoverschrijdende fusie was uitgesloten. Zie hierover: Van Veen, ‘*GS Rechtspersonen*’, art. 2:333b BW, aant. 2.2.

25 Vlas 1993, nr. 359.

kennen'. In dat geval bestaat er volgens hem geen obstakel om ten aanzien van het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid aan te nemen dat vennootschappen uit die landen met elkaar een grensoverschrijdende juridische fusie kunnen aangaan.²⁶ In 2009 heeft Vlas deze visie herhaald.²⁷

Van Solinge beantwoordde de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie positief. Hij onderscheidt, net als Vlas, duidelijk de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie van de vraag naar het op de grensoverschrijdende fusie toepasselijke recht. De vraag naar de toelaatbaarheid wordt alleen beantwoord door het op de betreffende vennootschap toepasselijke recht, de *lex societatis*. De *lex societatis* van de ene vennootschap kan niet bepalen of een vennootschap met een andere *lex societatis* grensoverschrijdend kan fuseren en wordt evenmin beïnvloed door de *lex societatis* van de andere vennootschap.²⁸ Van Solinge is van mening dat een grensoverschrijdende fusie geen doorgang kan vinden indien vanuit het oogpunt van één van de betrokken rechtsstelsels de grensoverschrijdende fusie ontoelaatbaar is. De toelaatbaarheidsvraag moet in alle betrokken vennootschapsstatuten positief beantwoord worden.

Van Solinge vroeg zich af of vanuit Nederlands oogpunt de toelaatbaarheidsvraag positief of negatief beantwoord moest worden, aangezien (anno 1994) de Nederlandse wet zweeg over het antwoord op de vraag of grensoverschrijdende fusie toelaatbaar was of niet.²⁹ Met name was van belang of hieruit moest worden opgemaakt dat, bij gebrek aan enige regeling, grensoverschrijdende fusie toelaatbaar was, omdat er geen expliciet verbod bestond, of dat grensoverschrijdende fusie niet toelaatbaar is, omdat daarvoor geen wettelijke regels bestonden.

Op de visie van Raaijmakers heeft Van Solinge als commentaar dat, juist gegeven de beperkt territoriale werking van Boek 2 BW, de Nederlandse wetgeving geen regels *kan* geven over grensoverschrijdende fusie en de toe te passen regels op de bij de grensoverschrijdende fusie betrokken buitenlandse vennootschap. Voor de buitenlandse vennootschap die betrokken is bij de grensoverschrijdende fusie worden de voorwaarden bepaald door het op die buitenlandse vennootschap toepasselijke recht en niet door het Nederlandse recht.³⁰

Het argument van Dortmund, dat een grensoverschrijdende fusie niet kan worden geëffectueerd omdat het vermogen van een verdwijnende Italiaanse vennootschap niet onder algemene titel Nederland kon binnenkomen, vindt volgens Van Solinge geen steun in de wet. In artikel 3:80 lid 2 BW kan volgens Van Solinge geen bezwaar gevonden worden tegen de overgang van vermogen met een eventuele buitenlandse oorsprong.³¹ Van Solinge maakt de vergelijking met internationale

26 Vlas 2002-I, p. 162.

27 Vlas 2009-III, p. 220.

28 Van Solinge 1994, p. 171.

29 Van Solinge 1994, p. 172.

30 Van Solinge 1994, p. 174.

31 Van Solinge 1994, p. 174.

erfopvolging. Een Nederlandse rechtspersoon kan onder algemene titel het vermogen van een buitenlandse erflater verkrijgen. De wet verzet zich hier niet tegen. Ook als het te verkrijgen vermogen afkomstig is van een buitenlandse rechtspersoon, verzet de wet zich er niet tegen dat een Nederlandse rechtspersoon het buitenlandse vermogen ten gevolge van een grensoverschrijdende fusie verkrijgt.³²

Van Solinge constateert dat van ieder onderwerp in het Burgerlijk Wetboek, dat in beginsel is geschreven voor interne, nationale verhoudingen, een internationale pendant bestaat. Hij constateert dat het Burgerlijk Wetboek zelf slechts zeer sporadisch een regel van ipr geeft. Hierbij moet opgemerkt worden dat met de invoering van Boek 10 BW dit niet meer geheel juist is, nu zo veel als mogelijk alle regels van Nederlands ipr zijn gecodificeerd en geconsolideerd in Boek 10 BW.³³ Feit blijft echter dat in Boek 2 BW slechts sporadisch regels van ipr zijn opgenomen. Het ontbreken van regels van ipr in Boek 2 BW betekent echter niet dat een rechtsbetrekking die geregeld is in Boek 2 BW niet ook een internationale component kan hebben. Het toepasselijke recht op die rechtsbetrekking wordt aangewezen door het ipr. Dat een geschreven conflictregel voor een bepaalde rechtsbetrekking ontbreekt, heeft niet tot gevolg dat een rechtsbetrekking van het interne privaatrecht zich niet ook in internationaal verband zou kunnen voordoen. Van Solinge maakt een vergelijking met adoptie, zoals geregeld is in Boek 1 BW, waarvoor in 1994 nog geen ipr-regels bestonden, maar slechts ongeschreven regels in het commune ipr. Het Haags Adoptieverdrag 1965 was evenmin in werking getreden. Niettemin vond internationale adoptie plaats.

Van Solinge ziet niet in waarom voor fusie een uitzondering zou gelden in de zin dat grensoverschrijdende fusie niet toelaatbaar zou zijn. Ook fusie kent volgens hem een internationale pendant. Omdat regels omtrent grensoverschrijdende fusie in het Nederlandse ipr ontbreken, is er geen wettelijke bepaling die grensoverschrijdende fusie regelt, maar er is ook geen wettelijke bepaling die grensoverschrijdende fusie verbiedt.³⁴ Bovendien ontbraken anno 1994 rechterlijke uitspraken over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie.

Het feit dat in het buitenland wel ongeschreven conflictregels waren ontwikkeld betreffende grensoverschrijdende fusies en dat in 1994 een voorstel aanhangig was voor de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie vormden volgens Van Solinge een aanwijzing dat grensoverschrijdende fusie wel mogelijk was. Het feit dat de Tiende richtlijn – en daarbij kan naar mijn mening ook de SE-Verordening genoemd worden – nog niet in werking was getreden, vormde volgens Van Solinge geen argument tegen de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie. Volgens Van Solinge was er geen regel van Nederlands recht die zich verzette tegen

32 Van Solinge 1994, p. 175.

33 Wet van 19 mei 2011 tot vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek), Stb. 2011, 272, Stb. 2011, 340.

34 Van Solinge 1994, p. 176.

een grensoverschrijdende fusie waarbij een Nederlandse vennootschap is betrokken, hetzij als verdwijnende vennootschap, hetzij als verkrijgende, reeds bestaande vennootschap, hetzij als verkrijgende, in het kader van de fusie nieuw opgerichte vennootschap, ook al waren de rechtsgevolgen van grensoverschrijdende fusie – zoals de overgang onder algemene titel en de toekenning van aandelen – niet geregeld. Het besluit tot fusie is volgens Van Solinge niet in strijd met de wet, omdat die op het onderwerp grensoverschrijdende fusie zweeg, noch in strijd met de statuten, omdat die waarschijnlijk geen bepaling omtrent grensoverschrijdende fusie zullen bevatten, althans niet de mogelijkheid grensoverschrijdend te fuseren uitsluit. Grensoverschrijdende fusie is evenmin in strijd met de openbare orde in de zin van het ipr, zoals thans opgenomen in artikel 10:3 BW. Van strijd met de openbare orde in de betekenis die dit begrip heeft in het ipr is eerst sprake indien door de toepasselijkheid van vreemd recht fundamentele waarden van de Nederlandse rechtsorde in het geding zijn.³⁵ Dat is bij grensoverschrijdende fusie niet het geval. Van Solinge beschreef in zijn dissertatie in 1994 eveneens de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie op basis van de vrijheid van vestiging. Hij zag daar wel mogelijkheden toe, maar achtte destijds, met de toentertijd bekende rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG, de kans klein dat de vrijheid van vestiging vennootschappen het recht zou geven te fuseren met een vennootschap die is opgericht naar het recht van een andere lidstaat.³⁶

In 2004 concludeerde Zaman dat naar Nederlands vennootschapsrecht een Nederlandse vennootschap niet een juridische fusie kon aangaan met één of meer buitenlandse vennootschappen. Hij maakte hierbij een onderscheid tussen de situatie waarin een Nederlandse vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap en de situatie waarin een Nederlandse vennootschap optreedt als verdwijnende vennootschap. In zijn visie konden op basis van de Nederlandse wetgeving in principe uitsluitend Nederlandse vennootschappen optreden als verkrijgende vennootschap bij nationale fusies op basis van artikel 2:308 BW.³⁷ Volgens Zaman was het echter wel verdedigbaar dat een Nederlandse vennootschap in het kader van een fusie met een buitenlandse rechtspersoon kon verdwijnen. Op grond van het internationaal privaatrecht van sommige landen, zoals Luxemburg en Italië, was een grensoverschrijdende fusie reeds mogelijk tussen vennootschappen met zetel in verschillende staten. Een Nederlandse vennootschap zou partij kunnen zijn bij zo een (grensoverschrijdende) fusie, mits de Nederlandse vennootschap haar werkelijke zetel heeft in een staat krachtens het recht waarvan grensoverschrijdende fusie is toegestaan. In dat geval kan de Nederlandse vennootschap volgens de lokale ipr-regels van dat land als een vennootschap worden beschouwd die wordt beheerst door het recht van die staat, omdat het hoofdbestuur in die lidstaat is gesitueerd. In feite is er dan geen sprake meer van een grensoverschrijdende fusie, maar van een nationale fusie. Een voorbeeld van deze

35 Van Solinge 1994, p. 177.

36 Van Solinge 1994, p. 200 – 202.

37 Zaman 2004, p. 29.

situatie is de fusie tussen een door Nederlands recht beheerste vennootschap met statutaire zetel in Nederland en hoofdbestuur in Luxemburg en een door Luxemburgs recht beheerste vennootschap. Krachtens Luxemburgs ipr wordt de Nederlandse vennootschap beheerst door Luxemburgs recht, vanwege de situering van het hoofdbestuur in Luxemburg. De door Nederlands recht beheerste vennootschap krijgt op die manier een dubbele nationaliteit. Het is overigens maar de vraag of, bij de huidige stand van het Europese vennootschapsrecht, de dubbele nationaliteit van vennootschappen nog stand kan houden.³⁸ Volgens Zaman zal bij een dergelijke ‘grensoverschrijdende’ fusie de vennootschap vanuit Nederlands oogpunt niet ophouden te bestaan ten gevolge van fusie – dat was volgens hem slechts mogelijk ten gevolge van een Nederlandse fusie –, maar ten gevolge van liquidatie.

Volgens Zaman is het eveneens denkbaar dat een Nederlandse verkrijgende naamloze vennootschap of besloten vennootschap – met werkelijke zetel in een andere staat dan Nederland – volgens het rechtsstelsel van die andere staat fuseert met een verdwijnende rechtspersoon met statutaire zetel in die staat. Hij motiveert dat door te stellen dat de Nederlandse vennootschap de activa ook op een andere wijze zou kunnen verkrijgen dan door middel van fusie.

Portengen en Steffens waren in 2004 van mening dat de vraag of een grensoverschrijdende fusie mogelijk is moet worden beantwoord aan de hand van het incorporatierecht van de verdwijnende vennootschap en – althans wat betreft de verkrijgende vennootschap – niet tevens aan de hand van het recht dat op die verkrijgende vennootschap van toepassing is. Volgens hen ‘staat er niets aan in de weg voor een vennootschap om (het vermogen van) een naar ander recht opgerichte vennootschap onder en in overeenstemming met dat andere recht te verkrijgen’. Zij maken hierbij de vergelijking met een aandelenoverdracht die naar Nederlands ipr eveneens wordt beheerst door het incorporatierecht van de vennootschap die de aandelen heeft uitgegeven. Een positieve beantwoording van de toelaatbaarheidsvraag in alle rechtsstelsels die op de fuserende vennootschappen van toepassing zijn, achten zij niet noodzakelijk.³⁹

4.3.2.2 Situatie na 2004

4.3.2.2a De SE-Verordening

Zoals vermeld in paragraaf 4.3.1., kan het jaar 2004 worden gezien als het jaar waarin een kentering plaatsvond ten aanzien van het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie. Op 8 oktober 2004 trad de SE-Verordening in werking, op basis waarvan grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen waarbij de verkrijgende naamloze vennootschap de vorm aanneemt van een SE of een nieuwe SE wordt opgericht, voor het eerst een wettelijke,

³⁸ Zie tevens paragraaf 4.2.2. en Vlas 2009-I, p. 377 – 378.

³⁹ Portengen en Steffens 2004, p. 221.

communautaire basis kreeg. Met het van kracht worden van de SE-Verordening en de uitvoeringswetgevingen in de lidstaten van de EU omtrent de SE, bestond geen twijfel meer over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusies van naamloze vennootschappen, ook al bevat de SE-Verordening geen expliciete bepaling over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusies van naamloze vennootschappen. Uit het bestaan van de regeling volgt onomstotelijk dat grensoverschrijdende fusies tussen naamloze vennootschappen toegestaan zijn, met dien verstande dat de SE-Verordening alleen ziet op die gevallen van grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen waarbij een SE ontstaat.

4.3.2.2b Het Sevic-arrest

De vraag of grensoverschrijdende juridische fusie mogelijk en toelaatbaar is, is, vóórdat de Tiende Richtlijn⁴⁰ van kracht werd en geïmplementeerd werd in nationale wetgeving, aan bod gekomen in het ‘Sevic-arrest’.⁴¹ In het Sevic-arrest was de grensoverschrijdende juridische fusie van Sevic Systems AG, een naamloze vennootschap naar Duits recht – in het kader van deze fusie de verkrijgende vennootschap –, en haar dochtervennootschap, Security Vision Concept SA, een naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht – in dit kader de verdwijnende vennootschap –, aan de orde.

Het Amtsgericht te Neuwied, Duitsland, weigerde de grensoverschrijdende fusie tussen Sevic Systems AG en Security Vision Concept SA in te schrijven in het Duitse handelsregister, in Duitsland een constitutief vereiste voor het van kracht worden van een juridische fusie.⁴² Het Amtsgericht motiveerde de weigering tot inschrijving door te stellen dat het Duitse Umwandlungsgesetz, de wet die vereisten voor en gevolgen van onder andere juridische fusie, juridische splitsing en omzetting bevat, alleen van toepassing is op Duitse rechtspersonen en dat het Umwandlungsgesetz uitdrukkelijk buitenlandse rechtspersonen uitsluit van juridische fusie, juridische splitsing en omzetting.⁴³ Sevic Systems AG ging tegen deze weigering in beroep bij het Landgericht in Koblenz, dat prejudiciële vragen stelde aan het Hof van Justitie van de EG over de verenigbaarheid van deze weigering tot inschrijving met de vrijheid van vestiging, zoals destijds neergelegd in artikel 43 en 48 VEG (thans artikel 49 en 54 VwEU).

Het Hof van Justitie van de EG beantwoordde, in lijn met de eerder uitgebrachte Conclusie van Advocaat-Generaal Tizzano in deze zaak,⁴⁴ de prejudiciële vraag

40 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, Publicatieblad Nr. L 310 van 25/11/2005 p. 1 – 9.

41 HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03 (Sevic), JOR 2006, 33.

42 Zie § 16 tot en met 20 Umwandlungsgesetz (Duitsland).

43 Zie § 1 Umwandlungsgesetz (Duitsland).

44 Conclusie van Advocaat-Generaal Tizzano van 7 juli 2005 in zaak C-411/03, SEVIC Systems AG, Jurisprudentie 2005, p. I-10805.

positief. Het Hof van Justitie van de EG achtte de artikelen 43 en 48 VEG toepasselijk en overwoog dat ‘fusies, evenals overige omzettingen van vennootschappen beantwoorden aan de behoeften van reorganisatie van vennootschappen die in verschillende lidstaten gevestigd zijn’. De door het Hof van Justitie van de EG bedoelde mogelijkheden van omzetting vormen ‘bijzondere wijzen van uitoefening van de vrijheid van vestiging, die belangrijk zijn voor de goede werking van de interne markt en behoren dus tot de economische activiteiten waardoor de lidstaten de in artikel 43 EG bedoelde vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen’.⁴⁵

Het Sevic-arrest is een zeer belangrijke stap geweest van het Hof van Justitie van de EG en kan gezien worden als een baanbrekend arrest ten aanzien van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie. In het kader van de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie is het Sevic-arrest van groter belang geweest dan het van kracht worden van de SE-Verordening, omdat de SE-Verordening alleen ziet op de grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen waarbij een SE ontstaat, terwijl de werking van de vrijheid van vestiging ruimer is. In het Sevic-arrest heeft het Hof van Justitie van de EG dan ook daadwerkelijk gefungeerd als ‘katalysator’ van het Europese vennootschapsrecht.

4.3.2.2c Het Vale-arrest

In het kader van de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie op basis van de vrijheid van vestiging voor die vormen van fusies en fusies tussen rechtsvormen die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn vallen, is tevens het op 12 juli 2012 gewezen Vale-arrest van belang.

Primair ging het in het Vale-arrest over de vraag of de inbound-lidstaat in het kader van een grensoverschrijdende omzetting verplicht is tot inachtneming van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen zoals neergelegd in artikel 49 en 54 VWEU.⁴⁶ Het Hof van Justitie van de EU oordeelde dat de vrijheid van vestiging zo moet worden uitgelegd dat deze zich verzet tegen een *nationale regeling* omtrent *nationale omzetting* maar die niet op algemene wijze toestaat dat een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat wordt omgezet in een vennootschap naar het recht van de inbound-lidstaat. Hiermee vulde het Vale-arrest het Cartesio-arrest aan en verduidelijkte tevens het Cartesio-arrest.

Wanneer de gebruikte term ‘omzetting’ in het Vale-arrest net zo kan worden geïnterpreteerd als in het Sevic-arrest, namelijk dat hiermee ook andere vormen van ‘omzetting’ zijn bedoeld, zoals fusie, zou dat ook betekenen dat het Vale-arrest ten

45 HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03 (Sevic), Jurisprudentie 2005 p. I-10805, r.o. 17.

46 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jur. 2012, p. 00000, RO 2012/60, eerste en derde prejudiciële vraag, zie tevens Roelofs 2012-V, p. 792 – 798.

aanzien van grensoverschrijdende fusie een belangrijke bevestiging is van het Sevic-arrest. Van Veen ziet in ieder geval in het Vale-arrest mogelijkheden tot grensoverschrijdende fusie. Volgens hem kunnen lidstaten bijvoorbeeld de grensoverschrijdende fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap in een derde-lidstaat niet belemmeren indien de nationale wetgeving betreffende nationale fusie de mogelijkheid tot fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap bevat. Van Veen trekt de conclusie dat 'uit art. 49 VWEU volgt dat als de eigen vennootschappen op deze wijze een vennootschap in de desbetreffende lidstaat kunnen oprichten, deze oprichtingsmogelijkheid ook moet worden geboden aan vennootschappen naar het recht van andere lidstaten'.⁴⁷ Hetzelfde geldt volgens hem ten aanzien van de fusie door overneming waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap zich met het van kracht worden van de fusie omzet in een buitenlandse equivalent. Indien ingevolge het nationale recht een verkrijgende vennootschap zich met het van kracht worden van de fusie kan omzetten in een andere rechtspersoonsvorm, dan kan dit een vennootschap uit een andere lidstaat niet categorisch worden belet.⁴⁸

4.3.2.2d Nederlandse rechtspraak over grensoverschrijdende fusie

Na het Sevic-arrest heeft de Rechtbank Amsterdam, sector Kanton, eveneens geoordeeld over een ter discussie staande grensoverschrijdende fusie.⁴⁹ Deze zaak betrof het verzoek van de Kamer van Koophandel om herstel te gelasten van de inschrijving van een Nederlandse vennootschap, Consuma Holding BV, die in het kader van een grensoverschrijdende juridische fusie met haar moederverenootschap BKC Holding GmbH (een besloten vennootschap naar het recht van Duitsland), was opgehouden te bestaan.

De Kamer van Koophandel stelde dat de fusie met de Duitse rechtspersoon 'onjuist' was, dan wel in strijd was met de openbare orde, vanwege het feit dat het Nederlandse fusierecht nog geen mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische fusie kende tussen een Nederlandse en een EER-kapitaalvennootschap/rechtspersoon en er derhalve geen fusie tot stand was gekomen.

De rechtbank oordeelde dat de Duitse vennootschap, BKC Holding GmbH, aanspraak heeft op gelijke behandeling als in vergelijkbare gevallen van juridische fusie van twee Nederlandse vennootschappen en zij een beroep kan doen op de fusiebepalingen van artikel 309 (artikel 2:309 BW, aanvulling ERR). De rechtbank

47 Van Veen 2013-I, p. 523 en Van Veen 2013-II, p. 20.

48 Hoewel ik het eens ben met Van Veen ten aanzien van zijn visie over de grensoverschrijdende fusie door overneming en gelijktijdige rechtsvormwijziging, zie ik in Titel 2.7. BW geen mogelijkheden tot nationale of grensoverschrijdende fusie waarbij de overnemende rechtspersoon gelijktijdig met het van kracht worden van de grensoverschrijdende fusie verandert van rechtsvorm.

49 Rb. Amsterdam (sector kanton) 29 januari 2007, JOR 2007/88, m.nt. H.J.M.M. van Boxel. Vooruitlopend op deze uitspraak heeft Schutte-Veenstra reeds verdedigd dat grensoverschrijdende fusies toelaatbaar waren, mede in het licht van de aanstaande implementatie van de Tiende richtlijn. Zie hierover: Schutte-Veenstra 2006-II, p. 439 – 441.

Amsterdam heeft hiermee de discussie of artikel 2:309 BW beperkt territoriale werking heeft, beëindigd. Voorts merkt de rechtbank Amsterdam op dat het onthouden van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie een ongelijke behandeling oplevert, die in strijd is met de vrijheid van vestiging. Hierbij refereert de Rechtbank aan artikel 43 en artikel 48 VEG (thans in artikel 49 en artikel 54 VwEU). Uit deze uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, sector Kanton, blijkt dat ook vanuit Nederlands oogpunt grensoverschrijdende fusie toelaatbaar werd geacht, ondanks het ontbreken van wettelijke bepalingen hiervoor.

4.3.2.2e De Tiende richtlijn (Richtlijn 2005/56/EG)

Met het van kracht worden en de implementatie van de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie is onomstotelijk vast komen te staan dat grensoverschrijdende fusies van de in artikel 2 Tiende richtlijn bedoelde kapitaalvennootschappen – i.e. vennootschappen als bedoeld in artikel 1 van de Eerste richtlijn⁵⁰ en vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, met een afgescheiden vermogen dat uitsluitend voor de schulden van de vennootschap kan worden aangesproken en die overeenkomstig de op haar van toepassing zijnde nationale wetgeving zich moet houden aan de waarborgen zoals bedoeld in de Eerste richtlijn om de belangen van zowel aandeelhouders als derden te beschermen, toelaatbaar zijn.

4.3.2.2f Verhouding tussen de vrijheid van vestiging en de Tiende richtlijn:

‘Sperrwirkung’

De Tiende Richtlijn ziet louter op grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen. De vrijheid van vestiging heeft een ruimere reikwijdte: onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging vallen alle vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, waarbij onder ‘vennootschappen’ wordt verstaan: maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, coöperatieve verenigingen of coöperatieve vennootschappen en overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen (artikel 54 VwEU).⁵¹ Deze begrippen moeten verdragsautonoom worden uitgelegd in de betekenis die zij hebben in het Verdrag

50 Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, PB L 65 van 14.3.1968, p. 8 – 12.

51 Rechtspersonen die deelnemen aan het economische verkeer, zonder dat die rechtspersoon een winst oogmerk heeft, kunnen ook gebruik maken van de vrijheid van vestiging. Zie hierover: HvJ EG 29 juni 1999, Zaak C-172/98, Commissie vs. België, Jurisprudentie 1999, p. I-03999 en Vossestein 2010, 60, 61.

betreffende de werking van de Europese Unie en niet in de betekenis die zij zouden kunnen hebben in de nationale wetgevingen van de lidstaten van de EU.

Het gevolg van de ruime reikwijdte van de vrijheid van vestiging is dat grensoverschrijdende fusies van vennootschappen in de zin van artikel 54 VwEU die niet binnen de reikwijdte van de Tiende Richtlijn of de daarop gebaseerde implementatiewetgevingen vallen, toch toelaatbaar zijn op basis van de vrijheid van vestiging. Dat betekent dat, op basis van de vrijheid van vestiging, zowel specifieke *fusievormen* grensoverschrijdend toelaatbaar zijn, als grensoverschrijdende fusies tussen *rechtsvormen*, andere dan kapitaalvennootschappen als bedoeld in de Tiende richtlijn, toelaatbaar zijn.

Storm ziet in de wettelijke regelingen op communautair niveau omtrent grensoverschrijdende fusie een inperking van de vrijheid van vestiging. Hij constateert – mijn inziens geheel terecht – dat na het van kracht worden van de regelingen omtrent grensoverschrijdende fusie, te weten de Tiende richtlijn en de implementatiewetgevingen van de lidstaten – grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen niet meer ‘buiten de Tiende richtlijn om’ kunnen worden uitgevoerd. Grensoverschrijdende fusies die binnen de reikwijdte van de Tiende richtlijn en de daarop gebaseerde implementatiewetgevingen vallen, moeten voldoen aan de door die regelingen gestelde eisen, anders zouden zij *contra legem* zijn. Dat betekent echter naar mijn mening niet dat grensoverschrijdende fusie van andere rechtsvormen dan kapitaalvennootschappen als bedoeld in de Tiende richtlijn niet toelaatbaar zouden zijn.

Storm is tevens van mening dat lidstaten niet meer de vrijheid hebben zelf regels op te stellen omtrent grensoverschrijdende fusie. Hij duidt dit aan met de term ‘Sperrwirkung’, ‘Effet privatif’ of ‘Blocking Effect’.⁵² Dit houdt volgens hem in dat lidstaten niet (meer) de vrijheid hebben nationale wetgeving op te stellen die niet overeenstemt met uitputtende regelingen op communautair niveau (of, thans: unieniveau). Dat de Tiende richtlijn een uitputtende regeling is, leidt Storm af uit de derde overweging van de considerans van de Tiende richtlijn. In die overweging staat dat bij de in de Tiende richtlijn bedoelde bepalingen en formaliteiten van het nationale recht van lidstaten geen beperkingen op de vrijheid van vestiging of het vrij verkeer van kapitaal mogen worden ingesteld, ‘behalve als deze kunnen worden gerechtvaardigd in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG en inzonderheid in het geval van vereisten van algemeen belang en als deze beperkingen noodzakelijk zijn om te voldoen aan, en in verhouding staat tot die dwingende vereisten’. Hierbij kan gedacht worden aan regelingen ter bescherming van de belangen van de schuldeisers, de minderheidsaandeelhouders en de werknemers, alsook de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties.

Volgens Storm is de reikwijdte van de vrijheid van vestiging, die, afgaand op de overwegingen in het Sevic-arrest, alle soorten vennootschappen en fusies omvat,

⁵² Storm 2010, p. 73.

nadrukkelijk verengd door het Hof van Justitie van de EG in het Cartesio-arrest.⁵³ Volgens Storm heeft het Hof van Justitie van de EG in het Cartesio-arrest ‘een zeer beperkende uitleg aan zijn eigen uitspraak – in het Sevic-arrest, toevoeging ERR – gegeven’. Het Hof van Justitie van de EG overwoog in het Cartesio-arrest: ‘Sevic betrof immers de erkenning in de lidstaat van oprichting (Duitsland) van een vennootschap van een vestigingshandeling middels een grensoverschrijdende fusie door deze vennootschap in een andere lidstaat (Luxemburg)’.⁵⁴ Nu het Hof van Justitie van de EG nadrukkelijk spreekt over ‘erkenning’ van een grensoverschrijdende fusie, trekt Storm de conclusie dat grensoverschrijdende fusies van vennootschappen en vormen van grensoverschrijdende fusie die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn vallen alleen mogelijk zijn op basis van de vrijheid van vestiging indien lidstaten *zelf voorzien* in wetgeving omtrent grensoverschrijdende fusie. In het Sevic-arrest was dat ook het geval, omdat krachtens Luxemburgs recht grensoverschrijdende fusie mogelijk was en is.

Van Veen heeft opgemerkt dat het gegeven dat de wetgever uitdrukkelijk heeft gekozen voor een restrictieve regeling omtrent grensoverschrijdende fusie, niet pleit voor de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusies buiten hetgeen het Europese recht verlangt.

Van Boxel is niet positief over een ruime reikwijdte van de vrijheid van vestiging. Hij is van mening dat de toevoeging van lid 3 aan artikel 2:308 BW naar aanleiding van de implementatie van de Tiende richtlijn een beperking besloten ligt voor niet in Titel 2.7 BW genoemde fusies.⁵⁵ Op basis van dat lid is Titel 2.7 BW immers alleen van toepassing op grensoverschrijdende fusie van een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een Europese coöperatieve vennootschap die fuseert met een kapitaalvennootschap of coöperatieve vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EU of EER. Hij ziet in artikel 2:308 lid 3 BW een beperking van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusies van niet-kapitaalvennootschappen.

Een andere beperking ziet Van Boxel in artikel 2:310 BW en het daarin opgenomen vereiste dat rechtspersonen slechts met elkaar kunnen fuseren indien zij *dezelfde rechtsvorm* hebben. Hij is van mening dat ‘buitenlandse evenknieën’ van Nederlandse rechtsvormen niet zonder meer kunnen worden aangemerkt als *dezelfde rechtsvorm* onder het Nederlandse recht.⁵⁶ Hij is van mening dat de toelaatbaarheidsvraag van grensoverschrijdende fusie door de Nederlandse wetgever slechts in beperkte zin is beantwoord en de wetgever bij de implementatie van de Tiende richtlijn geen aanpassingen heeft gedaan die wijzen in de richting van een ruime toepassingsmogelijkheid van grensoverschrijdende fusie buiten de reikwijdte van de Tiende richtlijn.

53 Storm 2009, p. 335.

54 HvJ EG 16 december 2008, Cartesio, Zaak C-210/06, Jurisprudentie 2008, p. I-09641, r.o. 122.

55 Van Boxel 2011, p. 23, 24.

56 Van Boxel 2011, p. 24.

Ik kan mij moeilijk in deze leer vinden. De vrijheid van vestiging als essentieel onderdeel van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie heeft *voorrang* boven bepalingen van nationaal recht die daarmee in strijd zijn⁵⁷ of een beperking van de vrijheid van vestiging opleveren. Dat is tevens voldoende duidelijk gebleken in het *Sevic*-arrest. Daar waar Van Boxel constateert dat met artikel 2:308 lid 3 BW de wetgever de reikwijdte van Titel 2.7 BW heeft begrensd, namelijk wat betreft grensoverschrijdende fusie tot de grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid of Europese coöperatieve vennootschappen die fuseren met kapitaalvennootschappen of coöperatieve vennootschappen naar het recht van een andere lidstaat van de EU of EER, heeft hij volkomen gelijk. Van Boxel is van mening dat van deze begrenzing een beperkende werking uitgaat in de zin dat grensoverschrijdende fusies van andere rechtsvormen en andere vormen van grensoverschrijdende fusie niet toelaatbaar zouden zijn. Ik zou zo ver niet willen gaan. De wetgever heeft met artikel 2:308 lid 3 BW slechts de reikwijdte van Titel 2.7 BW willen uitbreiden – tot grensoverschrijdende fusie van de in artikel 2:308 lid 3 BW genoemde vennootschappen – en niet een verbod willen opleggen voor niet-geregelde grensoverschrijdende fusies. Artikel 2:308 lid 3 BW sluit een niet door Afdeling 2.7.3A BW geregelde fusie niet uit en voor zover dat wel het geval zou zijn, moet artikel 2:308 lid 3 BW buiten beschouwing worden gelaten wegens strijd met de vrijheid van vestiging.⁵⁸

4.3.3 De vraag naar toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing

Het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing werd aanvankelijk, althans tot 2005, in de doctrine op gelijke wijze beantwoord als de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie. Enerzijds was er een stroming die uitging van de veronderstelling dat grensoverschrijdende splitsing niet mogelijk was, anderzijds was er een stroming die uitging van de veronderstelling dat grensoverschrijdende splitsing wel mogelijk was. Net als bij grensoverschrijdende fusie, kan een jaar aangewezen worden dat een keerpunt markeert wat betreft de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. Wat betreft de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie kan het jaar 2004 (wat betreft het van kracht worden van de SE-Verordening voor de grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen waarbij een SE wordt gevormd) en het jaar 2005 (wat betreft het *Sevic*-arrest van het Hof van Justitie van de EG) worden gezien als het keerpunt, wat betreft de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing kan naar mijn mening 2005 worden gezien als het keerpunt. In dat jaar deed het Hof van Justitie van de EG

57 HvJ EG 5 februari 1964, Zaak 26-62, (Van Gend en Loos), Jurisprudentie 1963, p. 1 en HvJ EG 15 juni 1964, Zaak No. 6/64 (Costa /E.N.E.L.), Jurisprudentie 1964, p. 01203.

58 Zie hierover tevens: Van Eck en Roelofs 2008, p. 85 – 89.

uitspraak in het Sevic-arrest en de overwegingen uit dat arrest gelden mijn inziens ook voor grensoverschrijdende splitsing. In het vervolg zal ik in paragraaf 4.3.3.1. de visies ten aanzien van de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing uiteenzetten, zoals die bestonden voordat het Hof van Justitie uitspraak deed in het Sevic-arrest. In paragraaf 4.3.3.2. zal ik de visies ten aanzien van de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing behandelen, zoals die bestaan nadat het Hof van Justitie van de EG uitspraak deed in het Sevic-arrest.

4.3.3.1 Overzicht van de meningen vóór 2005

Van Solinge was reeds in 1994 in zijn dissertatie positief over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. Hij constateerde dat anno 1994 nog geen initiatieven waren ontwikkeld voor wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing, maar was van mening dat de grensoverschrijdende splitsing in de toekomst naar analogie van de Tiende richtlijn kon worden geregeld.⁵⁹

De minister van Justitie was in 1996 ten tijde van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel omtrent de wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in in verband met de regeling van de splitsing van rechtspersonen naar aanleiding van vragen van de fractie van D66 minder positief over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. In de Nota naar aanleiding van het verslag merkte de minister van Justitie het volgende op:

*'Bij gebreke van een Europese regeling van de internationale splitsing acht ik het evenzeer onmogelijk dat via splitsing een buitenlandse vennootschap wordt opgericht. Ik acht het betrekken van buitenlandse vennootschappen bij de wettelijke regeling van fusie of splitsing ook bezwaarlijk. Het rechtspersonenstatuut zal niet alle vraagstukken die dan kunnen rijzen, beheersen. Er zullen vele complicaties van internationaal privaatrechtelijke aard blijken te zijn die niet binnen het rechtspersonenrecht in engere zin zijn te beantwoorden.'*⁶⁰

In het kader van de driehoekssplitsing vroegen leden van de SGP-fractie zich af of de groepsmaatschappij, die aandelen toekent aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap in plaats van de verkrijgende vennootschap (artikel 2:334ii BW), ook een vennootschap zou kunnen zijn die wordt beheerst door ander dan Nederlands recht.⁶¹ De SGP-fractie bepleitte dat ook een buitenlandse vennootschap als groepsmaatschappij aandelen zou moeten kunnen toekennen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap. De minister antwoordde daarop dat bij driehoekssplitsing, evenals bij driehoeksfusie, de verkrijgende vennootschap en de vennootschap die aandelen toekent naar zijn mening slechts Nederlandse

⁵⁹ Van Solinge 1994, p. 17.

⁶⁰ *Kamerstukken II*, 24 702, 1996-1997, nr. 6, Nota naar aanleiding van het verslag, p. 44.

⁶¹ *Kamerstukken II*, 24 702, 1996-1997, nr. 6, Nota naar aanleiding van het verslag, p. 14.

vennootschappen kunnen zijn. Dat anno 1996 een voorstel voor een Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie in de maak was, deed daaraan volgens de minister niet af, omdat dat voorstel toen nog op bezwaren stuitte wegens problemen omtrent medezeggenschap van werknemers. Zolang er nog geen tiende richtlijn en vooral geen richtlijn met betrekking tot grensoverschrijdende splitsing tot stand was gekomen, achtte de minister het niet in strijd met het discriminatieverbod om nationale splitsing wel toelaatbaar te achten en grensoverschrijdende splitsing niet.

Buijn was in zijn preadvies over nationale splitsing evenmin positief over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing.⁶² Volgens hem bleven buitenlandse rechtspersonen ‘buiten het toepassingsgebied van de splitsingsregeling’. Hij sloot zich, ter onderbouwing van dit standpunt, aan bij de – althans volgens hem – heersende leer dat grensoverschrijdende fusie niet toelaatbaar zou zijn en verwees daarmee naar de opvatting van Raaijmakers, die er vanuit ging dat artikel 2:308 BW, en daarmee Titel 2.7 BW, alleen zou zien op de fusie – en na 1998 ook splitsing – van Nederlandse rechtspersonen.

Tijdens de vergadering van de Vereeniging Handelsrecht vroeg Van Solinge zich af waarom Buijn bij splitsing ‘niet grensoverschrijdend heeft gedacht’ en de internationale variant van splitsing met of naar een buitenlandse vennootschap of rechtspersoon zonder nadere motivering verwerpt.⁶³ Buijn antwoordde daarop dat hij bij zijn benadering een vrij eenvoudige lijn had gevolgd en dat hij het wat ‘moeilijk vond’ dat, uitgaande van een rechtspersoon die naar Nederlands recht wordt erkend als een Nederlandse vennootschap, na de splitsing voor een gedeelte plotseling een andere entiteit bestaat met andere regels dan die uit het Nederlandse recht.

Wat betreft zuivere splitsing vindt Buijn het conceptueel moeilijk te aanvaarden dat één van beide gesplitste vennootschappen – waarschijnlijk heeft hij in plaats van ‘gesplitste vennootschappen’ bedoeld: bij de splitsing betrokken vennootschappen, de vennootschappen die partij zijn bij de splitsing in de zin van artikel 2:334a lid 4 BW – een buitenlandse vennootschap zou zijn.⁶⁴ Wat betreft afsplitsing naar een buitenlandse vennootschap merkt Buijn op dat het buitengewoon interessant is daarover na te denken, maar hij is van mening dat het niet zo simpel is dat men kan stellen dat grensoverschrijdende afsplitsing mogelijk is. Hij was van mening dat dan nog eens nagedacht zou moeten worden over de positie van crediteuren en

62 Buijn, Nieuwdorp en Simonis 1996, p. 12.

63 *Verslag van de vergadering van de Vereeniging ‘Handelsrecht’, 27 september 1996, 18 oktober 1996 over Splitsing van rechtspersonen en de Mededingingswet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 15.

64 *Verslag van de vergadering van de Vereeniging ‘Handelsrecht’, 27 september 1996, 18 oktober 1996 over Splitsing van rechtspersonen en de Mededingingswet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 17.

(minderheids)aandeelhouders indien zij worden geconfronteerd met een buitenlandse vennootschap.⁶⁵ Vooralsnog hield Buijn zich in 1996 nog vast aan de – althans volgens hem – heersende leer dat grensoverschrijdende fusie niet mogelijk was en om dezelfde reden ook grensoverschrijdende splitsing niet tot de mogelijkheden behoorde, met andere woorden, dat de toelaatbaarheidsvraag negatief zou moeten worden beantwoord.

Buijn was tevens van mening dat het rechtsvormelijkheidsvereiste als opgenomen in artikel 2:334b lid 1 BW in de weg stond aan grensoverschrijdende toepassing van de juridische splitsing. Zijn visie was in 1998 niet gewijzigd ten opzichte van zijn visie in het Preadvies van de Vereniging Handelsrecht in 1996. Hij sloot zich wederom aan bij de – althans naar zijn mening – heersende leer ten aanzien van de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie.⁶⁶ Hij heeft dat, samen met Van Olffen en Simonis, nog eens herhaald in 2004⁶⁷ en met Storm nog eens in 2005.⁶⁸

Zaman was in 1998 van mening dat de splitsingswetgeving alleen betrekking had op in Nederland gevestigde rechtspersonen. Naar mijn mening heeft hij hiermee bedoeld: rechtspersonen die worden beheerst door Nederlands recht. Hij constateerde dat het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie omstreden was en dat hetzelfde gold voor het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing.⁶⁹

In 2004 was Zaman nog steeds, zij het voorzichtig, van mening dat grensoverschrijdende splitsing niet toelaatbaar is, onder andere omdat de minister van Justitie in de Nota naar aanleiding van het verslag had opgemerkt dat grensoverschrijdende splitsing naar haar mening niet mogelijk was.⁷⁰ Bovendien stond volgens Zaman het vereiste van ‘dezelfde rechtsvorm’ in de weg aan de toepassing van de splitsingsregeling op buitenlandse rechtspersonen.⁷¹ Kennelijk zag hij een buitenlandse rechtsvorm met dezelfde karaktertrekken als een Nederlandse rechtsvorm – zoals een Duitse Aktiengesellschaft en een Nederlandse naamloze vennootschap – niet als ‘dezelfde rechtsvorm’ in de zin van artikel 2:334b lid 1 BW. Hij sloot zich hiervoor aan bij de beperkte interpretatie van Raaijmakers van artikel 2:308 BW, die uitging van de veronderstelling dat artikel 2:308 BW alleen zag op rechtspersonen die worden beheerst door Nederlands recht.

Dorresteijn was in 1998 van mening dat hetgeen ten aanzien van een positieve beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie

65 *Verslag van de vergadering van de Vereniging ‘Handelsrecht’*, 27 september 1996, 18 oktober 1996 over Splitsing van rechtspersonen en de Mededingingswet, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 17, 18.

66 Buijn 1998, p. 95.

67 Van Olffen, Buijn en Simonis 2004, p. 105.

68 Sanders en Westbroek 2005, p. 641.

69 Zaman 1998, p. 7.

70 *Kamerstukken II*, 24 702, 1996-1997, nr. 6, Nota naar aanleiding van het verslag, p. 14.

71 Zaman 2004, p. 86.

door onder andere Van Solinge was opgemerkt, ook voor grensoverschrijdende splitsing gold.⁷² Dorresteyn concludeerde dat grensoverschrijdende splitsing mogelijk is, zij het slechts in eenvoudige gevallen en met inachtneming van enkele 'bijzondere (conflictenrechtelijke) spelregels'. Deze regels kunnen volgens hem geen oplossing bieden indien bij de splitsing belangen van 'outside-aandeelhouders', een veelheid van crediteuren en medezeggenschapsorganen betrokken zijn. Daarvoor acht hij ingrijpen van de nationale wetgevers nodig, maar hij verwachtte dat, gezien de opmerkingen van de minister van Justitie in de Nota naar aanleiding van het Verslag, de nationale wetgevers daarmee zullen wachten op de totstandkoming van Europese regelgeving.

In 2000 was Van Solinge nog steeds positief over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. Volgens hem was de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing dezelfde als de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie,⁷³ althans, voordat de Tiende richtlijn van kracht werd. Zoals uiteengezet in paragraaf 4.3.2.1., heeft Van Solinge in zijn dissertatie voor grensoverschrijdende fusie de toelaatbaarheidsvraag positief beantwoord en deed hij dat in 2000 ook voor grensoverschrijdende splitsing. Hij stelde dat de leer van de tegenstanders van de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie niet meer de alleenheersende leer is en dat uit het ontbreken van een geschreven conflictregel omtrent grensoverschrijdende splitsing niet de conclusie getrokken kan worden dat een rechtsbetrekking van het interne – nationale – privaatrecht zich niet ook in internationaal verband zou kunnen of mogen voordoen. Van Solinge zag niet in waarom dit voor fusie en splitsing niet anders zou kunnen zijn. Het belangrijkste bezwaar van Van Solinge tegen de redenering van de tegenstanders van de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing was dat zij het bestaan en de werking van het ipr ontkent. De opvatting van de minister van Justitie over de niet-toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing in de Nota naar aanleiding van het Verslag deelde Van Solinge niet.

Kirpensteijn, Donkers en Anker signaleerden in 2001 dat in de literatuur in het algemeen werd aangenomen dat grensoverschrijdende fusie niet mogelijk was en dat in aansluiting op deze leer grensoverschrijdende splitsing buiten de reikwijdte van artikel 2:308 BW in enge zin en Titel 2.7 BW in ruime zin viel. Zij sloten zich wat betreft het antwoord op de vraag of grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar was aan bij de visie van de minister van Justitie, zoals uiteengezet in de Nota naar aanleiding van het Verslag.⁷⁴

72 Dorresteyn 1998, p. 26.

73 Van Solinge 2000, p. 89 – 91.

74 Kirpensteijn, Donkers en Anker 2001, p. 31.

4.3.3.2 Situatie na 2005

4.3.3.2a Het ontbreken van een wettelijk raamwerk omtrent grensoverschrijdende

splitsing

In het kader van grensoverschrijdende fusies en overnames, herstructurering en ontvlechting van – internationale – concerns binnen de lidstaten van de EU hebben in de periode van 2004 tot heden veel ontwikkelingen plaatsgevonden in het Europese recht. Voorbeelden van deze ontwikkelingen zijn de introductie van supranationale rechtsvormen, de Societas Europaea en de Societas Cooperativa Europaea, de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie op basis van de SE-Verordening, de SCE-Verordening en de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie en de mogelijkheid tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing op basis van de SE-Verordening en de SCE-Verordening.⁷⁵ Voor deze vormen van herstructurering bestaat een wettelijk raamwerk met regels omtrent de te volgen procedure. De vraag naar de toelaatbaarheid wordt, als eenmaal een wettelijk raamwerk voor een rechtshandeling bestaat, niet meer gesteld. Uit het bestaan van een wettelijk raamwerk vloeit onomstotelijk voort dat de toelaatbaarheidsvraag positief wordt beantwoord.

Tot op heden bestaat geen wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing op nationaal, Nederlands niveau, noch op unieniveau in de vorm van een Europese verordening, een verdrag of een richtlijn. De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing is nog steeds actueel en kan niet met een eenvoudig 'ja' worden beantwoord, aangezien wetgeving waaruit onomstotelijk kan worden afgeleid dat grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar is, ontbreekt.

4.3.3.2b De invloed van EG-recht/Unierecht

Rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU op het gebied van de uitoefening van de vrijheid van vestiging als neergelegd in de artikel 49 en 54 VwEU speelt een belangrijke rol de ontwikkelingen omtrent grensoverschrijdende herstructureringen.

Op 13 december 2005 deed het Hof van Justitie van de EG uitspraak in het in het voorgaande behandelde Sevic-arrest.⁷⁶ Mede in het licht van deze uitspraak is in de praktijk en wetenschap de vraag gerezen of ook een grensoverschrijdende juridische splitsing mogelijk is binnen de lidstaten van de EU, met andere woorden: moet de toelaatbaarheidsvraag, mede gezien in het licht van de in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, positief beantwoord worden?

⁷⁵ In de toekomst zal wellicht een voorstel worden ingediend voor een Veertiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel van rechtsvormen die bestaan krachtens het nationale recht van de lidstaten. Zie hierover: Roelofs 2012-I, p. 170 – 173.

⁷⁶ HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03, Sevic, Jurisprudentie 2005, p. I-10805.

4.3.3.2c De prejudiciële vraag in het Sevic-arrest

Op 15 december 2005 besliste het Hof van Justitie van de EG in het Sevic-arrest op prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Koblenz, Duitsland. Het Hof van Justitie van de EG overwoog bij de beantwoording van de prejudiciële vragen in het Sevic-arrest dat de vrijheid van vestiging van toepassing is op een grensoverschrijdende fusie. Daarbij vermeldde zij dat:

'de vrijheid van vestiging voor (...) vennootschappen (...) onder meer de oprichting en het beheer van deze vennootschappen overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van de staat van vestiging voor de eigen vennootschappen zijn vastgesteld, omvat'.⁷⁷

Voorts overwoog het Hof van Justitie van de EG dat:

'de werkingssfeer van het recht van vestiging zich uitstrekt tot iedere maatregel die de toegang tot een andere lidstaat dan de lidstaat van vestiging en de uitoefening van een economische activiteit in die lidstaat mogelijk maakt of zelfs maar vergemakkelijkt, door de betrokken marktdeelnemers in staat te stellen daadwerkelijk deel te nemen aan het economische leven in die lidstaat onder dezelfde voorwaarden als die welke voor de nationale marktdeelnemers gelden'.⁷⁸

Ten slotte overwoog het Hof van Justitie van de EG dat de grensoverschrijdende fusie aan de behoeften aan samenwerking en reorganisatie van vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd, beantwoordt. Het Hof van Justitie van de EG heeft hierbij aangetekend dat – onder andere – een grensoverschrijdende fusie een bijzondere wijze is van de uitoefening van de vrijheid van vestiging, die belangrijk is voor de goede werking van de interne markt. De lidstaten moeten hiertoe de in artikel 43 EG-Verdrag (thans artikel 49 VwEU) bedoelde vrijheid van vestiging eerbiedigen.

4.3.3.2d Overweging ten aanzien van 'overige omzettingen'

Het Hof van Justitie van de EG overwoog dat 'fusies, evenals overige omzettingen' beantwoorden aan de behoeften van samenwerking en reorganisatie van vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd en dat deze bijzondere wijzen vormen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging. Het Hof van Justitie van de EG overwoog tevens dat deze bijzondere wijzen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging 'belangrijk zijn voor de goede werking van de interne markt en dus behoren tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de in artikel 43

⁷⁷ HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03, Sevic, Jurisprudentie 2005, p. I-10805, r.o. 17.

⁷⁸ HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03, Sevic, Jurisprudentie 2005, p. I-10805, r.o. 18.

EG bedoelde vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen.’⁷⁹ In de volgende paragraaf zal ik uiteenzetten welke voor de beantwoording van vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing relevante visies zijn ontwikkeld in de Nederlandse literatuur die is verschenen naar aanleiding van het Sevic-arrest.

4.3.3.2e De literatuur naar aanleiding van het Sevic-arrest

Vossestein geeft een ruime uitleg aan het Sevic-arrest.⁸⁰ Volgens hem moet het Sevic-arrest zo worden uitgelegd dat de vrijheid van vestiging in de weg staat aan toepassing van de facilititeit juridische fusie voor alleen de eigen, nationale vennootschappen. Vossestein legt het Sevic-arrest zo uit dat de vrijheid van vestiging niet alleen voor juridische fusie geldt, maar ook voor de ‘overige omzettingen van vennootschappen’, zoals juridische splitsing en zelfs wijziging van rechtsvorm. Volgens Vossestein moet ook grensoverschrijdende juridische splitsing als een bijzondere wijze van de uitoefening van de vrijheid van vestiging worden gezien.

Ondanks dat het Sevic-arrest slechts ging over de toelaatbaarheid van de *inbound*-grensoverschrijdende fusie – § 1 van het Duitse Umwandlungsgesetz stond immers ter discussie en niet enige bepaling van Luxemburgs recht, aangezien deze grensoverschrijdende fusie vanuit Luxemburgs recht toelaatbaar werd geacht – is de vrijheid van vestiging volgens Vossestein evenzeer van toepassing op de toelaatbaarheid van *outbound*-grensoverschrijdende fusie.⁸¹ Vossestein leidt dat af uit de algemene bewoordingen die het Hof van Justitie van de EG gebruikt ter verduidelijking van de werking van de vrijheid van vestiging, zonder een onderscheid te maken tussen de lidstaat van de verkrijgende vennootschap en de lidstaat van de verdwijnende vennootschap.

Ook Schutte-Veenstra legt de overwegingen uit het Sevic-arrest ruim uit. Volgens haar is de reikwijdte van het Sevic-arrest niet beperkt tot grensoverschrijdende fusie. Ook de rechtsfiguur van de juridische splitsing valt daar volgens haar onder. Indien rechtspersonen op basis van hun nationale recht gebruik kunnen maken van deze rechtsfiguur, moet worden toegestaan dat hierbij ook buitenlandse EU-rechtspersonen zijn betrokken. Het vermogen van een Nederlandse NV zou bijvoorbeeld met behulp van de rechtsfiguur van de juridische splitsing onder algemene titel kunnen overgaan op een Nederlandse naamloze vennootschap en een Duitse Aktiengesellschaft. Biedt een lidstaat aan nationale rechtspersonen deze mogelijkheid, dan mogen buitenlandse EU-rechtspersonen volgens haar hiervan niet worden uitgesloten.⁸²

79 HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03, Sevic, Jurisprudentie 2005, p. I-10805, r.o. 19.

80 HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03, Jurisprudentie 2005, p. I-10185, JOR 2006, 33, m.nt. G.-J. Vossestein, r.o. 7.

81 In dezelfde zin: Meussen 2006, p. 218.

82 Schutte-Veenstra 2006-I, p. 119.

Van Veen lijkt eveneens een ruime uitleg te geven aan het Sevic-arrest.⁸³ Hij trekt de conclusie dat het Hof van Justitie van de EG met de term ‘overige omzettingen’ refereert aan de vormen van omzetting zoals het Hof van Justitie van de EG die opsomt in rechtsoverweging 3 en zoals opgenomen in §1 Umwandlungsgesetz, namelijk: (i) fusie, (ii) splitsing, (iii) overdracht van vermogen en (iv) rechtsvormwijziging.

Raaijmakers was, zoals uiteengezet in paragraaf 4.3.2.1., voordat het Sevic-arrest werd gewezen, van mening dat grensoverschrijdende fusie niet toelaatbaar was omdat artikel 2:308 BW alleen zou zien op de fusie van door Nederlands recht beheerste rechtspersonen. Titel 2.7 BW zou ‘beperkt territoriale werking’ hebben. Zijn restrictieve interpretatie van artikel 2:308 BW kan vergeleken worden met het in het Sevic-arrest ter discussie gestelde standpunt van het Duitse Amtsgericht dat § 1 Umwandlungsgesetz alleen zou zien op door Duits recht beheerste rechtspersonen.

Na het Sevic-arrest lijkt Raaijmakers een andere positie in te nemen ten aanzien van artikel 2:308 BW. Volgens hem wijzen de bewoordingen van het Sevic-arrest in de richting dat elke door het Duitse Umwandlungsgesetz gefaciliteerde reorganisatie niet op discriminatoire wijze mag worden voorbehouden aan Duitse ondernemingen, hetgeen geldt voor zowel de aard van de ondernemingen die daarop een beroep kunnen doen als voor de aard van de reorganisatie.⁸⁴ Raaijmakers ziet geen reden om aan te nemen dat het Hof van Justitie van de EU anders zou oordelen indien het Duitse Amtsgericht in grensoverschrijdende gevallen voor andere reorganisaties – waaronder splitsing – opnieuw inschrijving zou weigeren. De reorganisatiemogelijkheden waarvan Duitse ondernemingen gebruik kunnen maken, mogen niet-Duitse ondernemingen niet worden onthouden.

Van der Sangen is eveneens positief over de ruime reikwijdte van het Sevic-arrest. Volgens hem heeft het Sevic-arrest tot gevolg dat lidstaten een grensoverschrijdende fusie op dezelfde wijze moeten behandelen als een juridische fusie tussen vennootschappen die door het recht van dezelfde staat worden beheerst. Indien een lidstaat een ruime regeling kent voor reorganisaties, zoals omzettingen en juridische splitsing, dan kunnen vennootschappen uit andere staten op dezelfde wijze als nationale vennootschappen grensoverschrijdend reorganiseren. Splitsing valt volgens hem ook onder die reikwijdte.⁸⁵

Volgens Koppert-van Beek moet evenzeer worden aangenomen dat een Nederlandse rechtspersoon die naar Nederlands recht juridisch kan splitsen ook van deze regeling gebruik kan maken wanneer een buitenlandse rechtspersoon bij deze splitsing betrokken is. Ook zij is van mening dat het Sevic-arrest en de vrijheid van vestiging kan worden toegepast bij (grensoverschrijdende) juridische splitsing.⁸⁶

83 Van Veen 2006, p. 184.

84 Raaijmakers 2006, p. 633.

85 Van der Sangen 2006, p. 181.

86 Koppert-van Beek 2006, p. 16.

Van den Braak⁸⁷ constateerde dat het Hof van Justitie van de EG, naast grensoverschrijdende fusies uitdrukkelijk ook ‘overige omzettingen van vennootschappen’ noemt. Volgens haar is het aannemelijk dat het Hof van Justitie van de EG hier refereert aan de vormen van omzetting van het ter discussie staande Duitse Umwandlungsgesetz, dat naast de juridische fusie ook de splitsing en de wijziging van de rechtsvorm (in het Nederlandse recht aangeduid als omzetting) regelt. Van den Braak neemt aan dat de verwijzing naar ‘overige omzettingen’ impliceert dat de reikwijdte van het Sevic-arrest ook de grensoverschrijdende juridische splitsing omvat en dat de lidstaten die een interne regeling inzake juridische splitsing kennen, een ‘grensoverschrijdende juridische splitsing niet in zijn algemeenheid mogen beletten.’ Ook Koster is van mening dat het Sevic-arrest geldt voor grensoverschrijdende splitsing.⁸⁸

Storm constateerde dat het Hof van Justitie van de EG zich nog niet met zoveel woorden heeft uitgelaten over grensoverschrijdende splitsing. Niettemin mag naar zijn mening uit het Sevic-arrest zonder meer worden afgeleid dat grensoverschrijdende splitsing plaats kan vinden op basis van de vrijheid van vestiging.⁸⁹ Ook naar de mening van Storm is de term ‘omzettingen van vennootschappen’ een vertaling van ‘Gesellschaftsumwandlungen’ uit het Duitse Umwandlungsgesetz en kunnen de overwegingen uit het Sevic-arrest toegepast worden bij grensoverschrijdende splitsing. Storm interpreteert het Sevic-arrest ook in het licht van het Cartesio-arrest, zoals behandeld in paragraaf 1.4.5.1., met name in het licht van overweging 122 van het Cartesio-arrest. Overweging 122 van het Cartesio-arrest luidt als volgt:

‘De zaak waarin het arrest SEVIC Systems is geweest betrof (...) de erkenning, in de lidstaat van oprichting van een vennootschap, van een vestigingshandeling middels een grensoverschrijdende fusie door deze vennootschap in een andere lidstaat (...)’.

Volgens Storm past de grensoverschrijdende splitsing perfect in deze redenering van het Hof van Justitie van de EG. Hij ziet de grensoverschrijdende splitsing als een kwestie van erkenning door de ene lidstaat van de vestigingshandeling in de andere lidstaat.⁹⁰ De vestigingshandelingen kunnen in beide lidstaten verricht worden, maar volgens Storm is dat in het bijzonder het geval in de lidstaat van de splitsende vennootschap. De lidstaat van de splitsende vennootschap moet een grensoverschrijdende splitsing mogelijk maken, wil deze in een andere lidstaat erkend kunnen worden. Wat betreft de lidstaat van de verkrijgende vennootschap is het voldoende indien die lidstaat de nationale splitsing kent. Die lidstaat (de inbound-lidstaat) kan niet weigeren de in de andere lidstaat verrichte rechtshandeling van grensoverschrijdende splitsing te erkennen.

87 Van den Braak 2007, p. 688 – 693.

88 Koster 2009, p. 40 en Koster 2011, p. 166 – 168.

89 Storm 2009, p. 335.

90 Storm 2009, p. 336.

Storm is zelfs van mening dat vormen van grensoverschrijdende splitsing die niet rechtstreeks voortvloeien uit de Zesde richtlijn, maar een creatie zijn van nationale wetgevers, zoals de Nederlandse driehoekssplitsing in de zin van artikel 2:334ii BW en de Duitse Ausgliederung in de zin van § 152 e.v. Umwandlungsgesetz, grensoverschrijdend kunnen worden toegepast, zelfs wanneer het recht van de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken (lid)staten die vorm van splitsing niet kent.

Wat betreft de Duitse Ausgliederung, waarbij de verkrijgende vennootschap geen aandelen toekent aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap maar aan de splitsende vennootschap zelf, vindt Storm het verschil met ‘gewone’ splitsing – namelijk: toekenning van aandelen aan de splitsende vennootschap en niet aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap – niet wezenlijk genoeg om de grensoverschrijdende Ausgliederung, waarbij vermogen onder algemene titel overgaat op een verkrijgende, door Nederlands recht beheerste vennootschap, niet te erkennen, omdat met de eventuele weigering geen enkel Nederlands belang wordt geschaad. Nu zal naar mijn mening in dit voorbeeld de Ausgliederung in bepaalde gevallen wel grensoverschrijdend toegepast kunnen worden, nu het Nederlandse recht ook een vorm van afsplitsing kent waarbij de verkrijgende naamloze vennootschap of besloten vennootschap wordt opgericht en aandelen toekent aan de splitsende rechtspersoon in plaats van aan de aandeelhouders of leden van de splitsende rechtspersoon (artikel 2:334e lid 3 sub a BW).

Wat betreft de driehoekssplitsing – een unieke vorm van splitsing in Europa – is Storm eveneens van mening dat deze grensoverschrijdend kan worden toegepast, zelfs al kent het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de groepsmaatschappij die aandelen moet toekennen de figuur van de driehoekssplitsing niet. Volgens Storm moet de grensoverschrijdende driehoekssplitsing ook in de lidstaten van de verkrijgende vennootschap en de groepsmaatschappij erkend worden, omdat artikel 2:334ii lid 2 BW voorschrijft dat ook de groepsmaatschappij een besluit tot splitsing moet nemen. Zelfs wanneer de splitsende vennootschap wordt beheerst door het recht van een staat die de driehoekssplitsing niet kent, is Storm van mening dat deze vorm van splitsing erkend moet worden, omdat alle aandeelhouders van alle vennootschappen moeten besluiten tot fusie.

Ten slotte is Van Veen van mening dat door de verwijzing in het Vale-arrest naar het Sevic-arrest het Hof van Justitie van de EU er weinig twijfel over laat bestaan dat ook splitsing behoort tot de verrichtingen die vallen onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging en daarmee toelaatbaar zijn.⁹¹

91 Van Veen 2013-I, p. 523 en Van Veen 2013-II, p. 45.

4.3.3.2f De visie van de minister van Justitie op het Sevic-arrest

In de parlementaire geschiedenis omtrent de implementatie van de Tiende richtlijn in het Nederlandse recht⁹² is stilgestaan bij de eventuele noodzaak regels op te nemen in het Nederlandse recht omtrent grensoverschrijdende splitsing, mede gezien de overwegingen in het Sevic-arrest. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie stond een terughoudende toepassing van grensoverschrijdende splitsingen voor.⁹³

De minister signaleerde dat in de literatuur was bediscussieerd of naast grensoverschrijdende fusie ook grensoverschrijdende splitsing zou moeten worden geregeld.⁹⁴ De minister van Justitie wees erop dat, gezien het grote aantal commentaren op het Sevic-arrest, het arrest niet eenvoudig was uit te leggen en volgens de minister van Justitie bleef het onduidelijk of het Hof van Justitie van de EG met de uitspraak in het Sevic-arrest verder beoogde te gaan dan de verplichting van een lidstaat tot erkenning van de gevolgen van een grensoverschrijdende fusie. De minister van Justitie lichtte in de Memorie van Toelichting toe dat een uitbreiding van de regeling omtrent fusie en splitsing het risico schept dat een ingewikkelde – en indachtig de korte implementatietermijn van de Tiende richtlijn tijdrovende – regeling zou worden opgesteld die in de praktijk niet aan het doel beantwoordt, omdat in andere landen geen spiegelbeeldige voorschriften zijn ingevoerd. Op basis van deze motivering besliste de minister dat ten tijde van de implementatie van de Tiende richtlijn niet gewerkt zou worden aan regels omtrent grensoverschrijdende splitsing.

Leden van de CDA-fractie hebben vervolgens de vraag gesteld of grensoverschrijdende splitsing in de visie van de minister van Justitie mogelijk is op basis van de vrijheid van vestiging.⁹⁵ De minister van Justitie heeft daarop geantwoord dat grensoverschrijdende splitsing niet valt onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn en toegelicht dat de vraag of grensoverschrijdende splitsing onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt, een uitleg vergt van de artikel 43 en artikel 48 VEG (thans artikel 49 en artikel 54 VwEU). Volgens de minister van Justitie is die uitleg voorbehouden aan het Hof van Justitie van de EG. In de visie van de minister van

92 *Kamerstukken II, I, 2006-2007, 2007-2008, 30 929*, Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L 310).

93 Advies inzake wetsvoorstel 30.929, wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn 2005/56/EG van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.

94 *Kamerstukken II, 2006-2007, 30 929*, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 2.

95 *Kamerstukken II, 2006-2007, 30 929*, nr. 6 (Verslag), p. 2.

Justitie geeft het Sevic-arrest geen recht op grensoverschrijdende splitsing.⁹⁶ Een nadere motivering hieromtrent ontbreekt.

In de Eerste Kamer waren de senatoren van de VVD-fractie duidelijk minder snel tevreden met de terughoudende opstelling van de minister van Justitie ten aanzien van het ontbreken van initiatieven tot wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing. De VVD-fractie merkte op dat het wetsvoorstel alleen voorzag in een regeling voor grensoverschrijdende fusie en bij hen rees de vraag waarom grensoverschrijdende splitsing niet was geregeld. Het argument van de minister van Justitie dat, kennelijk voor zover hem bekend, slechts één lidstaat – namelijk Denemarken – voornemens was het toepassingsbereik van de implementatiewetgeving uit te breiden tot grensoverschrijdende splitsing of grensoverschrijdende splitsing te faciliteren, overtuigde de VVD-fractie niet.⁹⁷ De VVD-fractie motiveerde dat met de stelling dat als Nederland een interessant vestigingsland wil zijn dat kan concurreren met de ons omliggende landen door een stabiel, maar flexibel vennootschapsrecht te bieden, dat juist een aanleiding moet zijn om een dergelijke flexibiliteit – namelijk de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing te bieden – wel in te voeren. Tevens stelde de VVD-fractie nogmaals de vraag of naar de mening van de minister van Justitie grensoverschrijdende splitsing reeds mogelijk was op basis van het Sevic-arrest.

De minister van Justitie antwoordde daarop dat de Tiende richtlijn niet ziet op grensoverschrijdende splitsing en dat het toepassingsbereik van de Nederlandse wetgeving niet werd uitgebreid. Van ‘een nationale kop’ was geen sprake.⁹⁸ Tevens zag de minister van Justitie in het Sevic-arrest geen noodzaak regels op te nemen omtrent grensoverschrijdende splitsing.⁹⁹ Hij motiveerde dat door te stellen dat de Nederlandse wetgever daarin niet alleen stond. Hij was weliswaar, net als de leden van de VVD-fractie, van mening dat de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing de attractiviteit van Nederland als vestigingsland zou vergroten, maar dat die attractiviteit ook wordt bepaald door de rechtszekerheid en betrouwbaarheid van Nederlandse rechtspersonen. Met name het risico van niet-erkenning van een grensoverschrijdende splitsing in andere lidstaten was voor de minister een reden niet over te gaan tot invoering van regels omtrent grensoverschrijdende splitsing op Nederlandse grondslag. Een actieve houding van de Europese Commissie op dit terrein achtte de minister meer op zijn plaats.

De VVD-fractie was van mening dat de visie van de minister van Justitie dat het Sevic-arrest niet noopte tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving voortvloeide uit de terughoudende opstelling die de minister op dit punt geraden achtte. Naar de mening van de VVD-fractie wilde de minister van Justitie niets meer mogelijk

⁹⁶ *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929, nr. 7 (Nota naar aanleiding van het Verslag), p. 1, 2.

⁹⁷ *Kamerstukken II*, 2007-2008, 30 929, nr. B (Voorlopig verslag van de Vaste Commissie voor Justitie), p. 2.

⁹⁸ *Kamerstukken II*, 2007-2008, 30 929, nr. C (Memorie van Antwoord), p. 1.

⁹⁹ *Kamerstukken II*, 2007-2008, 30 929, nr. C (Memorie van Antwoord), p. 2.

maken dan expliciet door de Tiende richtlijn was voorgeschreven.¹⁰⁰ De minister van Justitie onderschreef echter wel dat Nederland een concurrerend en attractief vestigingsland moet zijn en dat grensoverschrijdende splitsing kan bijdragen aan vergroting van de bruikbaarheid en flexibiliteit van Nederlandse rechtspersonen.¹⁰¹ De minister lichtte voorts toe dat, bij gebrek aan harmoniserende maatregelen, de vraag of een vennootschap naar Nederlands recht partij kan zijn bij een grensoverschrijdende splitsing wordt beheerst door het nationale recht. De minister was voorts van mening dat het vereiste van ‘dezelfde rechtsvorm’ zoals opgenomen in artikel 2:334b lid 1 BW in de weg stond aan grensoverschrijdende splitsing. Voor een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing achtte de minister van Justitie actie van de Europese wetgever noodzakelijk.¹⁰² Na deze argumenten in de Nadere Memorie van Antwoord is de grensoverschrijdende splitsing niet meer aan bod gekomen in de parlementaire behandeling van de implementatiewetgeving van de Tiende richtlijn.

4.3.3.2g Het Vale-arrest

Het Vale-arrest is tevens van belang bij de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. Het Hof van Justitie van de EU oordeelde dat de vrijheid van vestiging zo moet worden uitgelegd dat deze zich verzet tegen een *nationale regeling* omtrent *nationale omzetting* maar die niet op algemene wijze toestaat dat een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat wordt omgezet in een vennootschap naar het recht van de *inbound-lidstaat*. De vraag is of de term ‘omzetting’ in dit geval, net als in het Sevic-arrest, ruim mag worden uitgelegd in die zin dat ook ‘splitsing’ hieronder kan worden begrepen.

Van Veen is van mening dat het begrip ‘omzetting’, net als het begrip ‘oprichting’ in de betekenis die dat begrip heeft in Europeesrechtelijke zin, ruim mag worden opgevat.¹⁰³ Volgens Van Veen heeft het Hof van Justitie van de EU door in het Vale-arrest te verwijzen naar het Sevic-arrest er geen twijfel over laten bestaan dat ook splitsing behoort tot de verrichtingen die vallen onder het bereik van de vrijheid van vestiging.¹⁰⁴ Hij beantwoordt de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing dan ook positief. Ten aanzien van de splitsing waarbij nieuwe vennootschappen worden opgericht, neemt Van Veen aan dat in ieder geval sprake is van een ‘oprichting’ (die dat begrip heeft in Europeesrechtelijke zin). Ook wat betreft de splitsing door overneming neemt hij aan dat sprake is van een ‘oprichting’, omdat volgens hem uit het Sevic-arrest en het Vale-arrest kan worden afgeleid

100 *Kamerstukken II*, 2007-2008, 30 929, nr. D (Nader voorlopig verslag van de Vaste Commissie voor Justitie), p. 1, 2.

101 *Kamerstukken II*, 2007-2008, 30 929, nr. E (Nadere Memorie van Antwoord), p. 1.

102 *Kamerstukken II*, 2007-2008, 30 929, nr. E (Nadere Memorie van Antwoord), p. 3.

103 Van Veen 2013-I, p. 514 – 518.

104 Van Veen 2013-I, p. 524.

dat het oprichtingsbegrip niet beperkt is tot situaties waarbij (daadwerkelijk, toevoeging mijnerzijds) een nieuwe vennootschap wordt opgericht. Het begrip ‘oprichting’ omvat volgens hem mede de figuren waarbij onder algemene titel economische activiteiten van een vennootschap worden voortgezet door een andere vennootschap, zoals de grensoverschrijdende fusie door overneming en de grensoverschrijdende splitsing door overneming.

Bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde splitsingsvariant is toegelaten, ligt het volgens Van Veen voor de hand aansluiting te zoeken bij hetzelfde uitgangspunt dat wordt ingenomen ten aanzien van grensoverschrijdende fusie. Dat houdt in dat een grensoverschrijdende splitsing alleen kan worden uitgevoerd indien en voor zover het recht dat op de splitsende en de verkrijgende vennootschap van toepassing is, deze figuur in een nationale context kennen. Dat betekent volgens Van Veen ook dat lidstaten, met weglating van de grensoverschrijdende dimensie, geen andere splitsingsvarianten behoeven toe te laten dan in een nationale context zouden zijn toegestaan.¹⁰⁵

Voorts moet worden opgemerkt dat een grensoverschrijdende splitsing alleen onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt indien sprake is van een werkelijke uitoefening van een economische activiteit door middel van een duurzame vestiging in de inbound-lidstaat. Dit vereiste brengt volgens Van Veen mee dat een grensoverschrijdende splitsing onder de reikwijdte van art. 49 VWEU valt, indien vanuit de optiek van de splitsende of de verkrijgende vennootschap een vestiging of dochteronderneming in een andere lidstaat wordt verkregen.¹⁰⁶

4.4 Toelaatbaarheid grensoverschrijdende splitsing in andere lidstaten van de EU

Ook in andere lidstaten van de EU heeft het Sevic-arrest de pennen in beweging gebracht. In sommige gevallen zijn de nationale wetgevers op eigen initiatief overgegaan tot het opstellen van wettelijke regels omtrent grensoverschrijdende splitsing. Vanuit het perspectief van het recht van die lidstaten bestaat geen twijfel over een positief antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing.

In het vervolg zal ik de Luxemburgse, Deense en Finse wetgeving omtrent de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing behandelen. In de wetgevingen van deze lidstaten zijn duidelijke bepalingen opgenomen over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. Ten slotte zal ik bezien hoe vanuit Duits

¹⁰⁵ Van Veen 2013-I, p. 524. Dit is wat ik eerder heb aangeduid als de ‘negatieve werking van de vrijheid van vestiging’. Zie hierover: Roelofs 2009, p. 272 – 281.

¹⁰⁶ HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsöbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jur. 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 34 en 35, Van Veen 2013-I, p. 524.

perspectief de toelaatbaarheidsvraag betreffende grensoverschrijdende splitsing beantwoord wordt.

4.4.1 Luxemburgse wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing

Het Luxemburgse recht bevat één bepaling over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. Met het van kracht worden van een wetswijziging per 23 maart 2007, waarmee de Tiende richtlijn en Richtlijn 2007/63/EG¹⁰⁷ in Luxemburg werden geïmplementeerd,¹⁰⁸ is artikel 285 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales aanpast en is in dat artikel een bepaling opgenomen over grensoverschrijdende splitsing. Deze bepaling luidt als volgt:

‘Une société ou groupement d’intérêt économique, tels que visés à l’alinéa 1er, peut également contracter une opération de scission avec une société ou groupement d’intérêt économique étranger pour autant que le droit national de cette dernière ou de ce dernier ne s’y oppose pas.’

Uit deze bepaling volgt dat een vennootschap of een groupement d’intérêt économique – een economisch samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid – partij kan zijn bij een splitsing met een vennootschap of groupement d’intérêt économique die wordt beheerst door het recht van een andere staat.

Uit het bestaan van deze regeling blijkt onomstotelijk dat de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing vanuit Luxemburgs perspectief voor de genoemde rechtsvormen positief wordt beantwoord. De vraag naar de toelaatbaarheid wordt vanuit Luxemburgs oogpunt niet alleen positief beantwoord voor grensoverschrijdende splitsingen waarbij de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken rechtsvormen worden beheerst door het recht van EU-lidstaten, maar ook wanneer de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken rechtsvormen worden beheerst door het recht van niet-EU-lidstaten. De vraag naar de toelaatbaarheid wordt vanuit Luxemburgs perspectief alleen positief beantwoord indien voldaan is aan de voorwaarde van reciprociteit en de splitsing valt binnen de reikwijdte van de Luxemburgse splitsingswetgeving.

De eerste voorwaarde voor een positief antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing vanuit Luxemburgs perspectief is dat het nationale recht, de *lex societatis*, dat op de buitenlandse vennootschap die bij de splitsing betrokken is van toepassing is, de grensoverschrijdende splitsing niet

107 Richtlijn 2007/63/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 tot wijziging van Richtlijn 78/855/EEG van de Raad en Richtlijn 82/891/EEG van de Raad wat betreft de verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies of splitsingen van naamloze vennootschappen, Pb EU L. 300/47 van 17 november 2007, p. 47 – 48.

108 Loi du 23 mars 2007 portant modification des articles 271, 273bis, et 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, Mémorial A n° 46 du 30/03/2007, p. 0826 – 0827, doc. parl. n° 5658, in werking getreden per 2 april 2007.

belemmert – het zogenoemde ‘reciprociteitsbeginsel’, zoals dat ook geldt bij grensoverschrijdende fusie in het Luxemburgse recht.¹⁰⁹ Het Luxemburgse recht verwijst voor de toelaatbaarheid nadrukkelijk naar het recht dat op de andere bij de splitsing betrokken vennootschappen van toepassing is. Indien het op de andere bij de splitsing betrokken vennootschappen toepasselijke recht het recht is van een EU-lidstaat, geldt de vrijheid van vestiging en moet mijn inziens op basis daarvan en de redenering in het Sevic-arrest geconcludeerd worden dat vanuit het perspectief van die andere lidstaten de grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar is. In dat geval is in ieder geval voldaan aan het reciprociteitsvereiste uit het Luxemburgse recht.

De bepaling over grensoverschrijdende splitsing is opgenomen in het eerste artikel (article 285) van Section XV van de Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Article 285 is een algemeen artikel over splitsing en geeft de reikwijdte van de Luxemburgse splitsingswetgeving aan. Vanwege de opname van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing in dit algemene artikel, is de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing vanuit Luxemburgs perspectief gelimiteerd tot de vormen van nationale splitsing die het Luxemburgse recht kent, namelijk de *scission par absorption* (splitsing door overneming, waarbij de verkrijgende vennootschap al ten tijde van de splitsing bestaat, article 286 jo. article 287) en de *scission par constitution de nouvelles sociétés* (splitsing door oprichting van (een) nieuwe vennootschap(pen), waarbij de verkrijgende vennootschap(pen) in het kader van de splitsing nieuw worden opgericht, article 286 jo. article 288) of een combinatie van beiden (article 286). Splitsing in het Luxemburgse recht omvat zowel zuivere splitsing als afsplitsing. De mogelijkheid tot afsplitsing is ingevoerd in 2009.¹¹⁰

4.4.2 Deense wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing

In het kader van de implementatie van de Tiende richtlijn in de Deense wetgeving per 1 juli 2007 heeft de Deense wetgever tevens een bepaling opgenomen over grensoverschrijdende splitsing. Ter gelegenheid van de implementatie van de Tiende richtlijn heeft de Deense wetgever niet alleen de Tiende richtlijn willen implementeren, maar ook rekening willen houden met alle consequenties die het Sevic-arrest van het Hof van Justitie van de EG met zich bracht.

De Tiende richtlijn is geïmplementeerd in Denemarken door een nieuw hoofdstuk toe te voegen aan de destijds bestaande *Lov om aktieselskaber*, de wet die zag op naamloze vennootschappen, in de vorm van Hoofdstuk 15a.¹¹¹ Met het van kracht worden van de wijzigingswet waarmee Hoofdstuk 15a werd toegevoegd aan

109 Vgl. art. 257 La loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (Luxemburg), Memorial Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, A - No. 46, 30 mars 2007.

110 Loi du 10 juin 2009 (Mém. A151 du 29/06/2009 p. 2268).

111 Lov om ændring af lov om aktieselskaber, lov om anpartsselskaber, lov om visse erhvervsdrivende virksomheder og lov om erhvervsdrivende fonde, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, j.nr. 2006-0005219.

de *Lov om aktieselskaber*, werd ook de *Lov om anpartsselskaber*, de wetgeving die ziet op besloten vennootschappen, aangepast. De *Lov om anpartsselskaber* bevatte een schakelbepaling (§ 67 b *Lov om anpartsselskaber*) die wat betreft de voorschriften voor grensoverschrijdende fusie verwees naar de bepalingen van Hoofdstuk 15a *Lov om aktieselskaber*. Hoofdstuk 15a *Lov om aktieselskaber* is ook van toepassing verklaard in § 21 c *Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder* (vrij vertaald: Wet betreffende commerciële ondernemingen). Hiermee heeft de Deense wetgever grensoverschrijdende fusie expliciet mogelijk gemaakt voor verschillende rechtsvormen, die niet zijn opgesomd in de Tiende richtlijn.

De *Lov om aktieselskaber* bevatte ook een bepaling omtrent grensoverschrijdende splitsing (§ 138 *Lov om aktieselskaber*). Ook hiermee heeft de Deense wetgever gehoor willen geven aan de uitspraak die het Hof van Justitie van de EG in het Sevic-arrest.¹¹²

Op basis van § 138 *Lov om aktieselskaber* is een grensoverschrijdende splitsing vanuit Deens perspectief toelaatbaar, mits aan bepaalde, in § 138 *Lov om aktieselskaber* genoemde voorwaarden, is voldaan. De eerste voorwaarde is dat ten minste twee van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen worden beheerst door het recht van verschillende lidstaten van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte.¹¹³ De tweede voorwaarde, genoemd in lid 2 (Stk. 2) van § 138 *Lov om aktieselskaber*, is dat de bepalingen betreffende nationale fusie, namelijk § 136 tot en met § 136 j *Lov om aktieselskaber*, van overeenkomstige toepassing zijn, met dien verstande dat lid 3 en lid 4 van § 138 een uitzondering maken op die artikelen. In feite is de tweede voorwaarde genoemd in lid 2 geen voorwaarde voor de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing, maar een bepaling betreffende het recht dat van toepassing is op een grensoverschrijdende splitsing. Een derde voorwaarde, opgenomen in lid 3 van § 138 *Lov om Aktieselskaber*, is dat een grensoverschrijdende splitsing alleen toelaatbaar is indien (i) de wetgeving of wetgevingen waaronder de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap(en) ressorteren grensoverschrijdende splitsingen

112 Knudsen 2008. Van § 138 *Lov om aktieselskaber* is geen (on)officiële vertaling beschikbaar. De Deense tekst van § 138 *Lov om aktieselskaber* luidde als volgt:

§ 138. Ved en grænseoverskridende spaltning forstås en spaltning, hvor de deltagende selskaber hører under mindst to forskellige EU/EØS-landes lovgivninger.

Stk. 2. §§ 136-136 j finder med de tilpasninger, der følger af stk. 3 og 4, tilsvarende anvendelse på en grænseoverskridende spaltning.

Stk. 3. En grænseoverskridende spaltning er betinget af, at lovgivningen, som de øvrige deltagende selskaber hører under, tillader grænseoverskridende spaltninger. Det er endvidere et krav, at der er en beskyttelse af et dansk indskydende selskabs medarbejderes eventuelle ret til medbestemmelse i den lovgivning, som det eller de modtagende selskaber hører under efter spaltningen.

Stk. 4. §§ 137 a- 137 g finder med de nødvendige tilpasninger tilsvarende anvendelse på en grænseoverskridende spaltning.

113 De Deense wet voorzag niet in de mogelijkheid dat ook niet-EU / niet-EER vennootschappen betrokken waren bij een grensoverschrijdende splitsing.

toestaan (i.e. het reciprociteitsvereiste) en (ii) de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van werknemers van een Deense vennootschap die ten gevolge van een grensoverschrijdende splitsing ophoudt te bestaan, beschermd is in de wetgeving of wetgevingen van de staat of staten die van toepassing is of zijn op de verkrijgende vennootschap(en).

Per 1 maart 2010 zijn bepaalde artikelen van de *Lov om aktieselskaber* en de *Lov om anpartsselskaber* ingetrokken en vervangen door de *Lov om aktie- og anpartsselskaber* (ook wel verkort aangeduid als: '*Selskabsloven*'), vrij vertaald in het Engels: 'Danish Act on Public and Private Limited Companies' of 'Danish Companies Act'. Stapsgewijs zijn bepalingen uit de *Lov om aktieselskaber* en de *Lov om anpartsselskaber* komen te vervallen en opgenomen in de Danish Companies Act. Per 1 maart 2010 zijn ook de bepalingen betreffende grensoverschrijdende splitsing van de Danish Companies Act van kracht geworden.¹¹⁴ De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing wordt vanuit Deens perspectief nog altijd positief beantwoord in § 291 lid 1 en lid 2 Danish Companies Act, waarvan de Engelse tekst als volgt luidt:

§ 291 (1) Limited liability companies that are subject to this Act may participate in cross-border divisions in which the other participating companies are also limited liability companies governed by the laws of one or more other EU or EEA Member States.

(2) A cross-border division can only be implemented if the laws governing the other participating limited liability companies permit cross-border divisions. It is also a condition that any right of participation enjoyed by the employees of the Danish transferor company will be protected under the laws that will apply to the transferee limited liability company or companies after the division. If these conditions are not satisfied, a Danish limited liability company may not participate in any cross-border division.

De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing wordt vanuit Deens perspectief nog altijd positief wordt beantwoord, ook na de inwerkingtreding van de Danish Companies Act, op voorwaarde dat voldaan is aan (i) het reciprociteitsvereiste en (ii) de rechten van de werknemers van de verdwijnende Deense vennootschap afdoende zijn beschermd onder het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en).

4.4.3 Finse wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing

De Finse wetgeving voorziet expliciet in bepalingen omtrent grensoverschrijdende splitsing. In het kader van de implementatie van de Tiende richtlijn betreffende

¹¹⁴ § 1 Bekendtgørelse om delvis ikrafttræden af lov om aktieselskaber og anpartsselskaber (selskabsloven).

grensoverschrijdende fusie is in de Finse wetgeving ook voorzien in bepalingen betreffende grensoverschrijdende splitsing, om te beantwoorden aan de behoeften van ondernemingen, aandeelhouders en andere belanghebbenden.¹¹⁵ Vanuit Fins perspectief codificeert de Finse wetgeving het Sevic-arrest.

De wettelijke bepalingen betreffende grensoverschrijdende splitsingen zijn opgenomen in de *Osakeyhtiölaki*, de wetgeving die ziet op kapitaalvennootschappen.¹¹⁶ De bepalingen omtrent grensoverschrijdende splitsing zijn opgenomen in § 19 tot en met 27 *Osakeyhtiölaki*. De Engelse vertaling van § 19 lid 1 *Osakeyhtiölaki* luidt als volgt:

Definition and implementation of a cross-border demerger

(1) A company may participate in a demerger to be implemented in accordance with sections 1 and 2 also where a foreign company is to demerge into a Finnish company or a Finnish company is to demerge into a foreign company (cross-border demerger).

Uit § 19 *Osakeyhtiölaki* blijkt duidelijk dat een vennootschap naar Fins recht – i.e. een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid met een besloten of open karakter, opgericht in overeenstemming met Fins recht – partij kan zijn bij een splitsing in de zin van § 1 en 2 *Osakeyhtiölaki* (zuivere splitsing en afsplitsing), ook wanneer een buitenlandse vennootschap splitst in een Finse vennootschap of wanneer een Finse vennootschap splitst in één of meerdere buitenlandse vennootschap(pen). De Finse wetgeving staat dus zowel inbound- als outbound-grensoverschrijdende splitsing toe.

De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing wordt vanuit Fins perspectief alleen positief beantwoord indien de bij de splitsing betrokken buitenlandse vennootschap voldoet aan de eisen die zijn gesteld in § 19 lid 2 *Osakeyhtiölaki*. De tekst van § 19 lid 2 *Osakeyhtiölaki* luidt als volgt:

A cross-border demerger may only be implemented in accordance with paragraph (1) if the foreign company is a company corresponding to a limited liability company (foreign limited-liability company):

(1) that is a company referred to in article 1 of First Council Directive (68/151/EEC) on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards

¹¹⁵ Annettu Helsingissä 28 päivänä joulukuuta 2007, Laki osakeyhtiölain muuttamisesta, Eduskunnan päätöksen mukaisesti, *muutetaan* 21 päivänä heinäkuuta 2006 annetun osakeyhtiölain (624/2006) 16 luvun 6 §:n 1 momentti, 7 ja 14 §, 17 luvun 6 §:n 1 momentti, 7 ja 14 § ja 15 §:n 4 momentti ja 20 luvun 23 §, sellaisina kuin niistä on 16 luvun 14 § osaksi laissa 461/2007, sekä *lisätään* 16 lukuun uusi 19–28 § ja 19 §:n edelle uusi väliotsikko sekä 17 lukuun uusi 19 – 27 § ja 19 §.

¹¹⁶ Een niet-officiële vertaling van de *Osakeyhtiölaki* in het Engels (Limited Liability Companies Act) is beschikbaar via www.finnlex.fi.

equivalent throughout the Community (Directive 68/151/EEC), or another comparable company which:

(a) has equity or other comparable capital;

(b) is a legal person;

(c) has assets that stand alone against the liabilities of the company; and

(d) is subject to conditions under domestic legislation that are comparable to the safeguards laid down for the protection of shareholders, members and third parties in Directive 68/151/EEC; and

(2) that is registered in another state within the European Economic Area and that is subject to the domestic legislation of another state within the European Economic Area on the basis of its seat, place of central administration or principal business location.¹¹⁷

Uit deze bepaling is op te maken dat, vanuit Fins perspectief, grensoverschrijdende splitsing alleen mogelijk is indien de buitenlandse vennootschap betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing een vennootschap is met beperkte aansprakelijkheid die (i) een vennootschap is in de zin van artikel 1 Eerste richtlijn of (ii) een vergelijkbare vennootschap is in de zin van artikel 1 Eerste richtlijn, welke een rechtspersoon is met aandelenkapitaal en krachtens het toepasselijke nationale recht is onderworpen aan regels ter bescherming van aandeelhouders, leden en derden die vergelijkbaar zijn met de regels van de Eerste richtlijn en (iii) wordt beheerst door het recht van een andere staat van de Europese Economische Gemeenschap op basis van de statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging. De Finse wetgeving stelt geen reciprociteitsvereisten. De wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing in het Finse recht sluit nauw aan bij die betreffende grensoverschrijdende fusie.

4.4.4 De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing beantwoord aan de hand van het Duitse recht

4.4.4.1 Algemeen

Het Duitse recht bevat geen bepaling over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsingen. In het Sevic-arrest is echter wel duidelijk geworden dat de weigering van het Duitse Amtsgericht een grensoverschrijdende fusie van een door Luxemburgs recht beheerste vennootschap en een door Duits recht beheerste vennootschap in te schrijven in strijd was met de vrijheid van vestiging.

¹¹⁷ De Finse wetgeving verwijst nog naar Richtlijn 68/151/EEG, terwijl deze richtlijn is ingetrokken met het van kracht worden van Richtlijn 2009/102/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 inzake het vennootschapsrecht betreffende eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, PB L 258 van 01/10/2009, p. 20 – 25. Zie hierover tevens: Schutte-Veenstra 2010-I.

Anders dan in Denemarken, Finland en Luxemburg heeft de Duitse wetgever (vooralsnog), net als de Nederlandse wetgever, geen actie ondernomen het nationale recht aan te passen en bepalingen omtrent grensoverschrijdende splitsing op te nemen in de Duitse wetgeving. In die zin is de situatie wat betreft het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing in het Duitse recht gelijk aan die in het Nederlandse recht: zowel het Duitse als het Nederlandse recht bevat immers geen wettelijke bepaling omtrent de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing.

4.4.4.2 De periode voor het Sevic-arrest

Reeds in 2001 heeft Lennerz de vraag gesteld of § 1 Umwandlungsgesetz in de weg staat aan grensoverschrijdende toepassing van de in die paragraaf genoemde vormen van herstructurering wegens de daarin opgenomen woorden ‘Rechtsträger *mit Sitz im Inland* können umgewandelt werden (...)’.¹¹⁸

De woorden ‘mit Sitz im Inland’ kunnen volgens Lennerz op twee manieren worden uitgelegd. Enerzijds kunnen deze woorden zo worden uitgelegd dat hiermee de basis voor grensoverschrijdende herstructureringen wordt weggenomen – en daarmee de toelaatbaarheidsvraag voor grensoverschrijdende splitsing negatief moet worden beantwoord. § 1 Umwandlungsgesetz zou daardoor het karakter van een verbodsbepaling krijgen.¹¹⁹ Anderzijds is verdedigbaar dat deze woorden niet de basis ontnemen voor grensoverschrijdende herstructureringen, maar slechts de reikwijdte van het Umwandlungsgesetz aangeven, namelijk dat het Duitse Umwandlungsgesetz slechts regels kan geven voor door Duits recht beheerste Rechts-träger en niet voor Rechts-träger die worden beheerst door het recht van een andere staat of andere staten.¹²⁰ Deze laatste interpretatie volgend, verbiedt het Umwandlungsgesetz de grensoverschrijdende herstructureringen niet, maar regelt deze evenmin.

Voorts is in de Duitse literatuur beargumenteerd dat de vorenbedoelde woorden slechts verwijzen naar de destijds in Duitsland gehanteerde ‘Sitztheorie’ en dat daarom het Umwandlungsgesetz alleen maar van toepassing is op rechtspersonen met zetel *in* Duitsland en niet op rechtspersonen met zetel *buiten* Duitsland.¹²¹ Lennerz beargumenteert dat de woorden ‘Rechtsträger mit Sitz im Inland’ niet noodzakelijkerwijs op alle bij de splitsing betrokken vennootschappen van toepassing zijn, maar slechts betrekking hebben op de overnemende, dan wel de overdragende (splitsende) door Duits recht beheerste vennootschap. Het Umwandlungsgesetz ziet volgens haar immers alleen op door Duits recht beheerste Rechts-träger en niet op Rechts-träger die worden beheerst door het recht van andere staten, maar bevat evenmin een verbod

118 Lennerz 2001, p. 40. In dezelfde zin: Prüm 2006, p. 26 – 30.

119 Großfeld 1996, 302ff, Schaumburg, 501ff.

120 Lennerz 2001, p. 40, 54.

121 Kallmeyer 1996, 535ff.

tot grensoverschrijdende splitsing. Op basis van § 1 Umwandlungsgesetz kan de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing volgens haar in ieder geval niet negatief beantwoord worden. Lennerz concludeerde al in 2001, voordat het Sevic-arrest werd gewezen, dat § 1 Umwandlungsgesetz niet in de weg staat aan grensoverschrijdende toepassing van de in het Umwandlungsgesetz geregelde vormen van herstructurering, waaronder Spaltung.¹²²

4.4.4.3 Vorschläge Spezialkommission

Op 10 september 2003 kreeg een speciale commissie (Spezialkommission), ingesteld door de Duitse Raad voor Internationaal Privaatrecht (deutscher Rat für internationales Privatrecht) in samenspraak met het Duitse Bundesministerium der Justiz, de opdracht voorstellen te doen voor nieuwe wetgeving betreffende het internationaal privaatrecht betreffende vennootschappen, met name naar aanleiding van rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG, nog voordat het Hof van Justitie van de EG uitspraak deed in het Sevic-arrest. Deze voorstellen van de Spezialkommission zijn op 30 augustus 2006 gepubliceerd. De Spezialkommission heeft een voorstel gemaakt voor een EG-Verordening en voor een autonome regeling in het Duitse recht in het Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) betreffende het internationaal privaatrecht betreffende vennootschappen.

De commissie heeft zowel in het voorstel voor een EG-Verordening als in het voorstel voor een autonome regeling in het EGBGB een bepaling opgenomen omtrent grensoverschrijdende splitsing. Artikel 3 lid 1 sub 2 van de Vorschlag für eine Regelung auf europäischer Ebene (Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf Gesellschaften anzuwendende Recht) bepaalt – kortgezegd – dat de *lex societatis* onder meer de ‘Umwandlung’ beheerst. Volgens de Spezialkommission moet het begrip ‘Umwandlung’ ruim worden opgevat en bevat het fusie, splitsing, Vermögensübertragung en rechtsvormwijziging.¹²³ Artikel 5 van de Vorschlag bevat conflictregels over de vereisten, de tenuitvoerlegging en het van kracht worden van grensoverschrijdende fusie. Artikel 6 van de Vorschlag bepaalt dat op grensoverschrijdende splitsing en grensoverschrijdende Vermögensübertragung het artikel betreffende grensoverschrijdende fusie overeenkomstige toepassing vindt.¹²⁴ De tekst van artikel 6 van de Vorschlag luidt als volgt:

‘Auf die grenzüberschreitende Spaltung und Vermögensübertragung findet Art. 5 entsprechende Anwendung’.

122 Lennerz 2001, p. 75 – 80.

123 Sonnenberger 2007, p. 27.

124 Sonnenberger 2007, p. 305.

Uit artikel 6 van de Vorschlag blijkt uitdrukkelijk dat, gesteld dat de Vorschlag voor een regeling op Europees niveau tot EG-Verordening zou zijn verheven, grensoverschrijdende splitsingen toelaatbaar zouden zijn.

De Vorschlag voor een regeling in het EGBGB kent een zelfde stramien als de Vorschlag voor een regeling op Europees niveau: in het voorgestelde artikel 10a wordt ‘Umwandlung’, naast de oprichting en ontbinding van vennootschappen, genoemd als onderwerpen die worden beheerst door het op de vennootschap toepasselijke recht. In het voorgestelde artikel 10c EGBGB worden de in het voorgestelde artikel 10b EGBGB opgenomen regels omtrent grensoverschrijdende fusie van overeenkomstige toepassing verklaard op grensoverschrijdende splitsing en Vermögensübertragung.¹²⁵ De tekst van het voorgestelde artikel 10c EGBGB luidt als volgt:

‘Auf die grenzüberschreitende Spaltung und Vermögensübertragung findet artikel 10b entsprechende Anwendung’.

4.4.4.4 De invloed van het Sevic-arrest in het Duitse recht

Ook in Duitsland heeft het Sevic-arrest de nodige pennen in beweging gebracht. In één van de publicaties naar aanleiding van het Sevic-arrest, schrijven Kallmeyer en Kappes het volgende:¹²⁶

‘An einer Auf- oder Abspaltung im Sinne der 6. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie und § 123 des deutschen UmwG können sich neben Gesellschaften mit Sitz in Deutschland auch Rechtsträger mit Sitz¹²⁷ in anderen Mitgliedstaaten der EU und des EWR beteiligen, soweit das innerstaatliche Recht, dem diese Gesellschaften unterliegen, eine solche Spaltung für reine Inlandsfälle gestattet (...). Das ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus der SEVIC-Entscheidung des EuGH. Denn auch die Spaltung ist ein wirksames Mittel zur Umwandlung von Gesellschaften (...).’

Kallmeyer en Kappes zien in het Sevic-arrest een duidelijke basis voor een positieve beantwoording van de vraag of grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar is.

Beutel is in zijn dissertatie over grensoverschrijdende fusie eveneens positief over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. Hij is van mening dat uit

¹²⁵ Deze regels worden verder behandeld in Hoofdstuk 7.

¹²⁶ Kallmeyer en Kappes 2006, p. 234.

¹²⁷ Niet duidelijk is wat Kallmeyer en Kappes bedoelen met ‘Sitz’. Hieronder kan zowel de werkelijke zetel, het hoofdbestuur, begrepen worden, als de statutaire zetel. Wat zij ook met het woord ‘Sitz’ bedoelen, waarschijnlijk zullen zij op het oog hebben gehad de situatie waarbij ‘Rechtsträger’, die betrokken zijn bij een grensoverschrijdende splitsing, door het recht van verschillende staten worden beheerst.

de gemeenschappelijke kenmerken van splitsing en fusie volgt dat ook de grensoverschrijdende splitsing onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt. Hij schrijft het volgende:¹²⁸

‘Aus der systematischen Parallelität von Spaltung und Verschmelzung ergibt sich, dass auch die grenzüberschreitende Spaltung vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst ist und in diskriminierungsfreier Weise zur Verfügung gestellt werden muss. Gründe, die grenzüberschreitende Spaltung anders als die grenzüberschreitende Verschmelzung zu behandeln, sind nicht ersichtlich. Nach der Diktion des EuGH in Sevic dienen auch Spaltungen den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten. Der Gerichtshof verweist insofern ausdrücklich auf “andere Gesellschaftsumwandlungen”, die der Verschmelzung vergleichbar sind.’

Prüm schrijft in zijn dissertatie met als titel ‘Die grenzüberschreitende Spaltung’ het volgende over het Sevic-arrest:¹²⁹

‘In den Urteilsgründen deutet das Gericht zudem an, dass auch andere Umwandlungsarten in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen könnten.’

Prüm constateert dat de territoriale beperking van § 1 Umwandlungsgesetz al langer in Duitsland, al voordat het Sevic-arrest werd gewezen, ter discussie stond wegens mogelijke strijd met de vrijheid van vestiging. Deze discussie werd aangewakkerd door de uitspraken van het Hof van Justitie van de EG in de zaken Daily Mail,¹³⁰ Überseering¹³¹ en Inspire Art.¹³² Prüm bekijkt de territoriale beperking in Europese context, waarbij hij in ogenschouw neemt dat Spaltung een vorm van herstructurering is die voortvloeit uit de Zesde richtlijn.¹³³ Hij bekijkt of de beperking in § 1 Umwandlungsgesetz – en met name de woorden ‘mit Sitz im Inland’ – een toegelaten beperking op de vrijheid van vestiging vormt. Hij overweegt hierbij dat het gemeenschapsrecht boven het nationale recht gaat en alle met het gemeenschapsrecht strijdige bepalingen van nationaal recht opzij zet, ook de bepalingen die conflictregels inhouden.¹³⁴ De vrijheid van vestiging is immers een verbodsbepaling, door Prüm aangeduid als ‘Beschränkungsverbot’.

Prüm is van mening dat de territoriale beperking van § 1 Umwandlungsgesetz, gesteld dat de woorden ‘mit Sitz im Inland’ daadwerkelijk een verbod op – onder andere – grensoverschrijdende splitsing inhouden, niet meer van toepassing is na het

128 Beutel 2008, p. 92, 93.

129 Prüm 2006, p. 128.

130 HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Daily Mail, Jurisprudentie 1988, p. 5483.

131 HvJ EG 5 november 2002, Überseering, zaak C-208/00, Jurisprudentie p. I-9919.

132 HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01, Inspire Art, Jurisprudentie 2003, p. I-10155.

133 Prüm 2006, p. 157.

134 Prüm 2006, p. 158, 159.

Sevic-arrest.¹³⁵ De Duitse wetgever kan volgens hem in geen geval op algemene gronden een door de Zesde richtlijn bestreken mogelijkheid tot splitsing in een grensoverschrijdend geval ontoelaatbaar achten.¹³⁶

Prüm komt dan ook tot de conclusie dat de woorden ‘mit Sitz im Inland’ alleen de reikwijdte van het Umwandlungsgesetz aangeven en niet een verbod inhouden op grensoverschrijdende toepassing van de in het Umwandlungsgesetz geregelde vormen van herstructurering.¹³⁷ Deze visie wordt naar mijn mening nog eens ondersteund door het feit dat met de implementatie van de Tiende richtlijn in Duitsland de woorden ‘mit Sitz im Inland’ in § 1 Umwandlungsgesetz onaangeroerd zijn gebleven.¹³⁸ Prüm doet een aanbeveling tot aanpassing van § 1 Umwandlungsgesetz. Volgens hem zou idealiter de tekst van artikel 48 EG (thans artikel 54 VwEU) overgenomen worden in § 1 Umwandlungsgesetz, zodat onder ‘Gesellschaften mit Sitz im Inland’ mede wordt begrepen: iedere vennootschap die wordt beheerst door het recht van een EU-lidstaat.

Ook Teichmann concludeert dat grensoverschrijdende herstructureringen door het Hof van Justitie van de EG onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging zijn gebracht.¹³⁹ Voor het Duitse recht heeft dat volgens hem als consequentie dat de vormen van reorganisatie die zijn opgenomen in het Umwandlungsgesetz, waaronder splitsing, ook in grensoverschrijdende context toegelaten moeten worden.¹⁴⁰

4.4.5 Toelaatbaarheid grensoverschrijdende splitsing in het 29th Company Law Regime: de SE-Verordening en de SPE-Verordening en mogelijke initiatieven tot wetgeving

Met het van kracht worden van de SE-Verordening¹⁴¹ en de SCE-Verordening¹⁴² zijn de Societas Europaea en de Societas Cooperativa Europaea als supranationale rechtsvormen in de rechtsorde van de EU geïntroduceerd. Deze supranationale rechtsvormen worden beheerst door de respectievelijke Europese verordeningen enerzijds en door het recht van de lidstaat waar de statutaire zetel en het hoofdbestuur of hoofdvestiging van de SE of SCE zich bevinden anderzijds. Gezien deze ‘getrapte’ toepassing van regels op deze ‘supranationale’ rechtsvormen, waarbij enerzijds regels uit een Europese verordening worden toegepast en anderzijds regels

135 Prüm 2006, p. 186.

136 Prüm 2006, p. 187.

137 Prüm 2006, p. 188.

138 Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes (2. UmwGÄndG), k.a.Abk.; G. v. 19.04.2007 BGBl. I S. 542 (Nr. 15); Geltung ab 25.04.2007.

139 Teichmann 2011, p. 645.

140 Teichmann 2011, p. 687.

141 Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), PB L 294 van 10.11.2001, p. 1 – 21.

142 Verordening van de Raad (EG) nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE), PB L 207 van 18.8.2003, p. 1 – 24.

van nationaal recht van de lidstaten van de EU, is het maar de vraag hoe ‘supranationaal’ deze rechtsvormen daadwerkelijk zijn.

Mogelijk zal in de toekomst een verordening rondom de SPE, de *Societas Privata Europaea*, de Europese besloten vennootschap, in werking treden.¹⁴³ Het concept voor een SPE-Verordening is gepresenteerd in 2008.¹⁴⁴ Sindsdien heeft het wetgevingsproces betreffende het concept van de SPE-Verordening een weinig succesvolle voortgang gekend. Ultimo 2012 heeft de Europese Commissie in een Actieplan betreffende Europees vennootschapsrecht en corporate governance aangegeven dat, wat het vennootschapsrecht betreft, de Europese Commissie van mening is dat kleine en middelgrote ondernemingen minder rompslomp moeten ondervinden als zij in de Europese Unie zaken doen. De Europese Commissie heeft toen aangegeven dat het een duidelijke prioriteit van de Commissie is om daarvoor concrete maatregelen te nemen en gaf aan te blijven werken aan het voorstel voor de SPE om kleine en middelgrote ondernemingen meer ‘grensoverschrijdende opportuniteiten’ te bieden.¹⁴⁵

Het stelsel rondom de supranationale rechtsvormen wordt ook wel het ‘29^e vennootschapsrecht’ of ‘29th Company Law Regime’ van de Europese Unie genoemd, dat geldt in combinatie met en naast het nationale recht van de 28 lidstaten van de EU.¹⁴⁶

De SE-Verordening voorziet in de mogelijkheid een SE te doen laten ontstaan bij wege van grensoverschrijdende juridische fusie tussen naamloze vennootschappen (artikel 2 lid 1 SE-Verordening). De mogelijkheid een SE te doen laten ontstaan bij

143 Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company, Brussels, COM (2008)396/3, 2008/0130 (CNS). Zie voor een beschrijving van de inhoud van het concept van de SPE-Verordening en kritische kanttekeningen daarbij: Zaman, Schwarz, Lennarts, De Kluiver en Dorresteyn 2009.

144 Commission of the European Communities, Brussels, 25.6.2008 COM(2008) 396 final 2008/0130 (CNS), Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company (presented by the Commission) {SEC(2008) 2098} {SEC(2008) 2099} en Commissie van de Europese Gemeenschappen, Brussel, 25.6.2008 SEC(2008) 2099, werkdocument van de Diensten van de Commissie, Begeleidend document bij het Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap (SPE), Samenvatting van de effectbeoordeling, (COM(2008) 396 definitief) (SEC(2008) 2098).

145 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzamere ondernemingen, Straatsburg 12.12.2012, COM (2012) 740 final, p. 15.

146 Na toetreding van Kroatië tot de Europese Unie per 1 juli 2013 als 28^e lidstaat van de EU neem ik aan dat het stelsel omtrent supranationale rechtsvormen waarschijnlijk niet meer wordt aangeduid als het ‘28th Company Law Regime’, maar als het ‘29th Company Law Regime’. Zie tevens: Verdrag tussen het Koninkrijk België, de Republiek Bulgarije, de Tsjechische Republiek, het Koninkrijk Denemarken, De Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Estland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, Ierland, de Italiaanse Republiek, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, Het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, Het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Polen, de Portugese Republiek, Roemenië, de Republiek Slovenië, de Slowaakse →

wege van een grensoverschrijdende splitsing is niet opgenomen in de SE-Verordening. Het is de vraag of het toelaatbaar is dat een SE ontstaat bij een grensoverschrijdende splitsing en of de vraag naar de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende splitsing van een bestaande SE eveneens positief moet worden beantwoord.

De limitatieve opsomming van de ontstaanswijzen van een SE in artikel 2 SE-Verordening staan in principe in de weg aan de vorming van een SE door middel van (grensoverschrijdende) splitsing. De vraag die gesteld kan worden, is of in dit geval ook niet de vrijheid van vestiging als neergelegd in artikel 49 en 54 VwEU geldt en in dit geval derogert aan de SE-Verordening, mede vanuit het beginsel dat het *secundaire gemeenschapsrecht* (zoals Europese verordeningen) in overeenstemming moet zijn met het *primaire gemeenschapsrecht* (verdragen) en dat, op grond van de vrijheid van vestiging, een SE moet kunnen worden gevormd door middel van een grensoverschrijdende splitsing. Ik ben van mening dat de vrijheid van vestiging niet zonder meer kan derogeren aan de limitatief opgesomde ontstaanswijzen van een SE. De vrijheid van vestiging heeft slechts negatieve werking en kan niet leiden tot de introductie van een onbekende vorm van herstructurering in een lidstaat.¹⁴⁷ Hetzelfde geldt mijn inziens ten aanzien van de limitatieve ontstaanswijzen van een SE: de vrijheid van vestiging kan niet extra zelfstandige ontstaanswijzen introduceren in de SE-Verordening, hoe wenselijk het ook is dat een SE kan worden gevormd bij een grensoverschrijdende splitsing.

In 2009 en 2010 is de SE-Verordening geëvalueerd.¹⁴⁸ Voorafgaande aan een publieke consultatie in 2010 heeft Ernst & Young in 2009 een studie uitgevoerd naar de werking en de gevolgen van de SE-Verordening.¹⁴⁹ In deze studie merkt Ernst & Young op dat het primaire doel van de SE was groepen van ondernemingen in staat te stellen hun activiteiten op gemeenschapsniveau te organiseren. Ter voorkoming van concurrentie tussen de SE en nationale rechtsvormen zijn additionele vereisten noodzakelijk geweest bij de SE-Verordening, zoals het vereiste van het grensoverschrijdende element. Ernst & Young zet vervolgens uiteen dat het begrip fusie, onder verwijzing naar de Derde richtlijn, in de SE-Verordening nauwkeurig is

Republiek, de Republiek Finland, het Koninkrijk Zweden, het Verenigd Koninkrijk, van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (lidstaten van de Europese Unie) en de Republiek Kroatië betreffende de toetreding van de Republiek Kroatië tot de Europese Unie, Pb. EU L. 112 van 24 april 2012, p. 10 – 20.

147 De Wulf 2006, p. 87.

148 Op basis van artikel 69 SE-Verordening had de Europese Commissie uiterlijk vijf jaar na inwerkingtreding (i.e. 8 oktober 2009) aan de Raad en het Europees Parlement verslag moeten uitbrengen over de toepassing van de SE-Verordening en in voorkomend geval wijzigingen moeten voorstellen.

149 Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company', uitgevoerd door Ernst & Young, Société d'Avocats.

Bron: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf.

omschreven. Zij signaleren dat, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de fiscale fusie-richtlijn,¹⁵⁰ geen andere vormen van fusie (en splitsing) zijn toegestaan krachtens de SE-Verordening dan die genoemd in artikel 2 en 17 SE-Verordening. Wanneer volgens het rapport van Ernst & Young de mogelijkheden een SE te vormen zouden worden uitgebreid in die zin dat ook bij (grensoverschrijdende) splitsing een SE kan worden opgericht, zou dat kunnen resulteren in de situatie dat een onderneming met behulp van de (grensoverschrijdende) splitsing activiteiten in een andere lidstaat afstoot en zich concentreert op een onderneming in slechts één lidstaat. Dat gevolg zou volgens Ernst & Young ingaan tegen het doel van de SE, omdat het doel van de SE juist was het *simplificeren* van groepsstructuren en ondernemingen in staat te stellen hun activiteiten op gemeenschapsniveau te organiseren. Ernst & Young adviseerde dan ook dat er geen noodzaak was de oprichtingsmogelijkheden van een SE uit te breiden tot splitsing, maar als de Europese Commissie mocht besluiten de vorming van een SE door middel van splitsing wel toe te voegen in de SE-Verordening, dat dan aansluiting zou moeten worden gezocht bij de Zesde richtlijn.¹⁵¹

Tijdens de publieke consultatie van de SE-Verordening in 2010¹⁵² is geopperd – en ik heb dat ook eerder verdedigd –¹⁵³ dat het in principe naar de huidige stand van de SE-Verordening niet mogelijk is een vennootschap grensoverschrijdend te splitsen en bij die splitsing een SE te doen laten ontstaan, dit vanwege de limitatieve opsomming in artikel 2 SE-Verordening wat betreft de ontstaanswijzen van een SE.¹⁵⁴ Dit bleek tevens de mening te zijn van de respondenten van de consultatie.¹⁵⁵ De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing waarbij een SE wordt gevormd, moet in beginsel negatief beantwoord.¹⁵⁶ Geadviseerd is de SE-Verordening zodanig aan te passen dat een SE ook kan ontstaan bij wege van grensoverschrijdende splitsing.¹⁵⁷ De Europese Commissie heeft vervolgens in het Verslag betreffende de toepassing van de SE-Verordening opgemerkt dat de

150 Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Staten, PB L 225 van 20.8.1990, p. 1 – 5.

151 'Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company', uitgevoerd door Ernst & Young, Société d'Avocats, p. 255, 256.

152 Vervolgens is in het voorjaar van 2010 een publieke consultatie gehouden.

153 Roelofs 2010-III, p. 144.

154 D.F.M.M. Zaman, G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'Consultation on the Statute for the SE', Bijdrage van Loyens & Loeff N.V. bij de SE-Consultatie, te raadplegen via: <https://circabc.europa.eu/d/d/workspace/SpacesStore/1fef1758-094b-4685-a2a0-57737fa61d29/57.Loyens%20%26%20Loeff-EN.pdf>, p. 17.

155 Synthesis of the Comments on the Consultation Document of the Internal Market and Services Directorate-General on the Results of the Study on the Operation and the Impacts of the Statute for a European Company (SE), p. 5, 13. Bron: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/summary_report_en.pdf

156 Roelofs 2010-III, p. 144.

157 D.F.M.M. Zaman, G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'Consultation on the Statute for the SE', Bijdrage van Loyens & Loeff N.V. bij de SE-Consultatie, p. 18, 20.

mogelijkheid een SE te vormen bij wege van splitsing verband houdt met de uitbreiding van het begrip ‘fusie’ zoals opgenomen in artikel 17 lid 2 SE-Verordening.¹⁵⁸

Eén en ander neemt echter niet weg dat ook beargumenteerd zou kunnen worden dat (grensoverschrijdende) splitsing gelijkaardig is aan (grensoverschrijdende) fusie en dat een grensoverschrijdende splitsing in essentie een ‘gedeeltelijke’ grensoverschrijdende fusie is en dat de vraag naar de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende splitsing waarbij een SE wordt gevormd eveneens positief moet worden beantwoord, nu grensoverschrijdende fusie juist één van de ontstaanswijzen is van een SE.¹⁵⁹

Een SE kan, naast ontstaan door middel van grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen, voorts ontstaan door de vorming van een holding-SE (artikel 2 lid 2 SE-Verordening). Het is niet geheel duidelijk hoe de te vormen holding-SE aandeelhouder wordt van de toekomstige dochtervennootschappen die het initiatief nemen tot oprichting van een holding-SE. Op basis van artikel 33 lid 1 SE-Verordening moeten de aandelen in de toekomstige dochtervennootschappen van de holding-SE worden ingebracht met het oog op de oprichting van de holding-SE. De manier waarop die inbreng moet plaatsvinden, is niet beschreven in de SE-Verordening. In ruil voor de inbreng van de aandelen in de SE worden de aandeelhouders van de toekomstige dochtervennootschappen van de SE aandeelhouder van de SE. Er vindt een ruil van aandelen plaats. Ik zie niet in waarom die ruil niet zou kunnen plaatsvinden door middel van een splitsing. Bij de consultatie van de SE-Verordening is opgemerkt dat geen problemen optreden indien de aandelen worden ingebracht door middel van een (grensoverschrijdende) splitsing.¹⁶⁰ Bij gebrek aan regelingen omtrent de wijze waarop de aandelen in de toekomstige dochtervennootschappen van de SE in de SE worden ingebracht, neem ik aan dat die inbreng ook kan geschieden door middel van een grensoverschrijdende splitsing. De vraag naar de toelaatbaarheid van zo een grensoverschrijdende splitsing moet naar mijn mening positief worden beantwoord en derogeert niet aan de limitatieve ontstaanswijzen van een SE, zoals opgesomd in artikel 2 SE-Verordening.¹⁶¹

Een SE kan ook ontstaan door middel van de oprichting van een dochter-SE door de aandelen van die dochter-SE te verkrijgen (artikel 2 lid 3 SE-Verordening). In tegenstelling tot de oprichting van een holding-SE, bevat de SE-Verordening geen

158 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001, SEC(2010) 1391, Brussel 17.11.2010, COM(2010) 676 def, p. 8. De uitbreiding van het begrip ‘fusie’ in de zin van artikel 17 lid 2 SE-Verordening is één van de onderwerpen waar het verslag van de Europese Commissie aan de Raad en het Europees Parlement op moest zien, zie artikel 69 sub b SE-Verordening.

159 Arlt, Grechenig en Kalss 2004, p. 22.

160 D.F.M.M. Zaman, G.C. van Eck en E.R. Roelofs, ‘*Consultation on the Statute for the SE*’, Bijdrage van Loyens & Loeff N.V. bij de SE-Consultatie, p. 19.

161 Roelofs 2010-III, p. 146 – 147.

extensieve regeling omtrent de oprichting van een dochter-SE. Uitgegaan zou kunnen worden van het standpunt dat de vennootschappen die een dochter-SE oprichten storten op de aandelen in de dochter-SE. Vanwege de afwezigheid van een wettelijke regeling omtrent de wijze waarop op de aandelen in de SE wordt gestort, zou ik willen aannemen dat de oprichtende vennootschappen ook een dochter-SE kunnen oprichten door middel van een nationale of grensoverschrijdende splitsing, mits voldaan is aan de voorwaarden van de SE-Verordening betreffende de aanwezigheid van een grensoverschrijdend element – i.e. dat ten minste twee van de vennootschappen die een dochter-SE oprichten onder het recht van verschillende lidstaten ressorteren of dat elk sinds ten minste twee jaar een dochtervennootschap hebben die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert (artikel 2 lid 3 sub a, b SE-Verordening). De SE-Verordening staat naar mijn mening in ieder geval niet in de weg aan een positieve beantwoording van de vraag of een dochter-SE kan worden opgericht door middel van een grensoverschrijdende splitsing en de oprichting van een dochter-SE door middel van een grensoverschrijdende splitsing derogeert niet aan de limitatieve ontstaanswijzen van een SE, zoals opgesomd in artikel 2 SE-Verordening.¹⁶²

De vraag naar de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende splitsing van een reeds bestaande SE wordt naar mijn mening, bij gebrek aan regels hieromtrent in de SE-Verordening, beantwoord aan de hand van het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel en hoofdbestuur heeft. Een SE wordt immers, op basis van artikel 10 SE-Verordening, in iedere lidstaat behandeld als een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft. Indien de grensoverschrijdende splitsing van een naamloze vennootschap toelaatbaar is, is ook de grensoverschrijdende splitsing van een SE toelaatbaar.¹⁶³

Ten aanzien van de SPE-Verordening is het de vraag of en zo ja, wanneer die van kracht zal worden. Een SPE, zoals beschreven in de voorgestelde SPE-Verordening, wordt beheerst door de regels van de SPE-Verordening, wat betreft de onderwerpen genoemd in Bijlage I bij de SPE-Verordening door de statuten van de SPE en voor het overige door de regels die van toepassing zijn op besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid van het recht van de lidstaat waar de SPE haar statutaire zetel heeft (artikel 4 SPE-Verordening).

De SPE-Verordening bevat slechts een summier regeling over fusie en splitsing van een SPE en de oprichting van een SPE in het kader van een fusie of splitsing. Artikel 5 SPE-Verordening bepaalt dat lidstaten de oprichting van een SPE in het kader van een splitsing van een bestaande vennootschap moeten toestaan (artikel 5 lid 1 sub d SPE-Verordening).¹⁶⁴ De oprichting van een SPE door middel van

162 Roelofs 2010-III, p. 145 – 146. In ongeveer gelijke zin, zij het ten aanzien van nationale juridische splitsing: Van Veen 2012-II, p. 63, 64 en 180.

163 Roelofs 2010-III, p. 147. Zie tevens: Boschma en Schutte-Veenstra 2014, p. 14.

164 Zaman en Koppert-van Beek 2009, p. 46.

splitsing van een bestaande vennootschap wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap (artikel 5 lid 2 SPE-Verordening). De SPE-Verordening bevat geen bepaling op basis waarvan aangenomen zou moeten worden dat een SPE niet kan worden opgericht bij een grensoverschrijdende splitsing. De splitsing van een bestaande SPE wordt eveneens beheerst door het op een SPE toepasselijke recht – i.e. het recht van de lidstaat waar de SPE zijn statutaire zetel heeft – (artikel 39 SPE-Verordening). Als de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing in het algemeen positief moet worden beantwoord, kan ook de vraag naar de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende splitsing van een reeds bestaande SPE niet negatief beantwoord worden.¹⁶⁵

De Europese Commissie heeft in december 2010 een ‘Reflection Group on the Future of EU Company Law’ gevormd. De Reflection Group bestond uit rechtsgeleerden uit de gehele Europese Unie en moest een rapport voorbereiden voor een conferentie in Brussel in mei 2011 ter voorbereiding op een nieuw Actieplan, dat ultimo 2012 is verschenen.¹⁶⁶ Eén van de onderwerpen die onderzocht werd door de Reflection Group, was de mobiliteit van vennootschappen binnen de lidstaten van de EU.¹⁶⁷

De Reflection Group was van oordeel dat, onafhankelijk van de introductie van regels omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsing, een wettelijk raamwerk moet worden gecreëerd voor grensoverschrijdende splitsing, net zoals het reeds bestaande wettelijke raamwerk betreffende grensoverschrijdende fusie in de vorm van de Tiende richtlijn. De Reflection Group constateerde dat grensoverschrijdende fusie een eenvoudiger vorm van herstructurering lijkt te zijn dan grensoverschrijdende splitsing, omdat de combinatie van ondernemingen minder bedreigend zou zijn voor (minderheids)aandeelhouders, werknemers en crediteuren, maar dat dat slechts schijn is, omdat één van de fuserende vennootschappen insolvent kan zijn, in welk geval de positie van belanghebbenden ook aangetast kan worden. De Reflection Group vermeldt voorts dat splitsing nauw verwant is aan fusie, een reden waarom de Zesde richtlijn volgde na de Derde richtlijn, en dat de Zesde richtlijn geïnspireerd is op de Derde richtlijn en een richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing een goede aanvulling zou zijn op de reeds bestaande richtlijnen.¹⁶⁸

Hoewel de Reflection Group van oordeel is dat de noodzaak voor een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing minder prangend is wanneer een wettelijk raamwerk voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing bestaat, adviseert de Reflection Group toch een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op te stellen,

¹⁶⁵ Zie tevens: Zaman en Roelofs 2009, p. 212, 213.

¹⁶⁶ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzamere ondernemingen, Straatsburg 12.12.2012, COM (2012) 740 final.

¹⁶⁷ Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussels, 5 april 2011. Bron: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf

¹⁶⁸ Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussels, 5 april 2011, p. 21.

omdat vennootschappen al gebruik kunnen maken van grensoverschrijdende splitsing op basis van de overwegingen in het Sevic-arrest. Opgemerkt wordt tevens dat grensoverschrijdende zetelverplaatsing geen alternatief voor grensoverschrijdende splitsing is, wanneer een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat rechtstreeks vermogensbestanddelen moet verkrijgen. Net zoals de Tiende richtlijn gebaseerd is op de Derde richtlijn, zou een richtlijn omtrent grensoverschrijdende splitsing gebaseerd kunnen zijn op de Zesde richtlijn. Een ander alternatief dat de Reflection Group ziet, is de uitbreiding van de Tiende richtlijn met regels omtrent grensoverschrijdende splitsing.¹⁶⁹

4.5 Eigen visie ten aanzien van de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing

4.5.1 Algemeen

De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing wordt beoordeeld aan de hand van het nationale recht dat op iedere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap van toepassing is. Dat geldt voor de (af)splitsende vennootschap, voor iedere verkrijgende vennootschap en voor iedere vennootschap die bij de splitsing wordt opgericht. Een vergelijking kan wat dit betreft gemaakt worden met de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie, zoals met name door Van Solinge en Vlas behandeld.

4.5.2 Toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing binnen de lidstaten van de EU in het licht van het Europese recht

Het gevolg van de toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging in de lidstaten van de EU en de overwegingen in het Sevic-arrest en het Vale-arrest van het Hof van Justitie van de EG/EU is dat de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing grotendeels wordt ingevuld door de vrijheid van vestiging.¹⁷⁰ De toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van de SE-Verordening en de Tiende richtlijn vallen, wordt ook ingevuld door de vrijheid van vestiging (zie hierover paragraaf 4.3.2.). De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie en splitsing is hierdoor minder een vraag geworden van louter het nationale, niet EU-gekleurde recht van een lidstaat, maar meer een vraag die beantwoord dient te worden aan de hand van het door het EU-recht ingekleurde nationale recht van een lidstaat.

Doordat het Europese recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU als onderdeel van het Europese recht van hogere orde is dan het nationale recht

¹⁶⁹ Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussels, 5 april 2011, p. 22, 28, 77.

¹⁷⁰ Roelofs 2009, p. 276.

van de lidstaten, is de vrijheid van vestiging in alle lidstaten rechtstreeks van toepassing en wordt de toelaatbaarheidsvraag in sterke mate ingevuld door het Unierecht. De overwegingen uit het Sevic-arrest en het Vale-arrest zijn van groot belang bij de uitleg van de rol van de vrijheid van vestiging op de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. In de volgende paragrafen zal ik mijn eigen visie ten aanzien van de invloed van de vrijheid van vestiging op het antwoord van de vraag of grensoverschrijdende splitsing binnen de lidstaten van de EU toelaatbaar is, uiteenzetten. In paragraaf 4.5.10 zal ik stilstaan bij het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing waarbij één of meer vennootschappen zijn betrokken die niet worden beheerst door het recht van een EU-lidstaat.

4.5.3 Een taalkundige uitleg van de term ‘overige omzettingen’ in het Sevic-arrest

Het Hof van Justitie van de EG heeft met de term ‘overige omzettingen’ in het Sevic-arrest niet louter de omzetting als rechtsvormwijziging bedoeld zoals die bijvoorbeeld is opgenomen in het Nederlandse recht in artikel 2:18 Burgerlijk Wetboek. De algemene term ‘omzetting’ moet begrepen worden in de betekenis die dit begrip heeft in het Europese recht en niet als een rechtsvormwijziging, zoals in artikel 2:18 BW.¹⁷¹

In het Sevic-arrest was de procestaal Duits. Het Hof van Justitie van de EG refereerde in overweging 3, 7, 10 en 12 van het Sevic-arrest aan § 1 van het Duitse Umwandlungsgesetz, omdat de (beperkte) uitleg van die bepaling ter discussie stond in de door het Landgericht Koblenz gestelde prejudiciële vragen. In § 1 Umwandlungsgesetz worden naast fusie, ook splitsing en andere vormen van herstructurering (‘Umwandlungen’) genoemd. Het Hof van Justitie van de EG heeft met de term ‘overige omzettingen’ ook andere vormen van herstructurering op het oog gehad, die geen fusie zijn. De term ‘omzetting’ wordt consequent gebruikt in het Sevic-arrest (in overweging 2, 3, 12, 19, 21 en 22) en telkens blijkt uit de context dat het Hof van Justitie van de EG onder deze term verschillende wijzen van herstructurering begrijpt. Op basis van een uitleg van de term ‘overige omzettingen’ in het licht van de Duitse versie van het Sevic-arrest kan al geconcludeerd worden dat grensoverschrijdende splitsing onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt en toelaatbaar is op basis van de vrijheid van vestiging.

Hoewel Duits de procestaal in het Sevic-arrest was, is het, ter beantwoording van de vraag of onder ‘overige omzettingen’ ook juridische splitsing kan worden begrepen, tevens van belang te bezien hoe deze woorden luiden in andere taalversies van het Sevic-arrest.

¹⁷¹ Zie voor de betekenis die het begrip ‘omzetting’ heeft in het Nederlandse recht: Snijder-Kuipers 2010, p. 2.

In onderstaande opsomming is opgenomen hoe de woorden ‘overige omzettingen’ uit overweging 19 van het Sevic-arrest luiden in andere taalversies van het arrest.

Duits	‘andere Gesellschaftsumwandlungen’
Nederlands	‘overige omzettingen van vennootschappen’
Engels	‘company transformation operations’
Frans	‘autres opérations de transformation de sociétés’
Spaans	‘otras operaciones de transformación de sociedades’
Portugees	‘outras operações de transformação de sociedades’
Italiaans	‘altre operazioni di trasformazione di società’
Deens	‘andre selskabsomdannelser’

Uit het gebruik van de meervoudige term ‘omzettingen’ in de Nederlandse versie en bijvoorbeeld in de Engelse versie ‘transformation operations’ en meervoudige termen in andere taalversies van het Sevic-arrest met dezelfde betekenis en strekking, volgt dat aan deze term een ruime betekenis toekomt en dat hieronder niet het enge begrip ‘omzetting’ in de zin van ‘rechtsvormwijziging’, moet worden begrepen, maar dat deze term ruimer moet worden opgevat en dat naast fusie ook andere vormen van herstructurering hieronder kunnen worden begrepen. De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing kan derhalve op dezelfde wijze worden beantwoord als de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie. Dat betekent dat grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar is.

Ook uit het Vale-arrest blijkt afdoende duidelijk dat het Europeesrechtelijke begrip ‘omzetting’ een ruime reikwijdte heeft. In het Vale-arrest is veelvuldig verwezen naar het Sevic-arrest¹⁷² en ook in het Vale-arrest wordt ook de term ‘omzetting’ gebruikt, zonder een Europeesrechtelijke definitie te geven van het begrip ‘rechtsvormwijziging’.

4.5.4 De invloed van Nederlandse rechtspraak

Niet alleen wordt in het Sevic-arrest een positief antwoord gevonden op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing, ook in Nederlandse rechtspraak is dat het geval. Kort na het Sevic-arrest oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat een Duitse vennootschap in geval van een grensoverschrijdende fusie aanspraak heeft op gelijke behandeling als in vergelijkbare gevallen van juridische fusie van twee Nederlandse vennootschappen en zij een beroep kan doen op de fusiebepalingen van artikel 2:309 BW.¹⁷³ Het onthouden van de mogelijkheid

¹⁷² Zie bijvoorbeeld voor de hier relevante verwijzingen naar het Sevic-arrest: HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jur. 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 24, 25 en 36.

¹⁷³ Rb. Amsterdam (sector kanton) 29 januari 2007, JOR 2007/88, m.nt. H.J.M.M. van Boxel.

tot grensoverschrijdende fusie levert volgens de Rechtbank Amsterdam een ongelijke behandeling op, die in strijd is met de vrijheid van vestiging (artikel 43 en 48 EG, thans artikel 49 en 54 VwEU).

Ik zie niet in waarom een Nederlandse rechter in geval van een grensoverschrijdende splitsing anders zal oordelen dan in voornoemde uitspraak. Als een buitenlandse vennootschap een beroep kan doen op de fusiebepalingen van artikel 2:309 BW, zie ik niet in waarom niet ook voor splitsing een beroep zou kunnen worden gedaan op artikel 2:334a BW. Het onthouden van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing zou een ongelijke behandeling opleveren, welke in strijd is met de vrijheid van vestiging.

4.5.5 *Het ontbreken van wettelijke regelingen: geen negatieve invloed op toelaatbaarheid*

Het ontbreken van geschreven wettelijke regelingen voor grensoverschrijdende splitsing, hetzij op unieniveau, hetzij op nationaal niveau, staat naar mijn mening niet aan een positieve beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing in de weg. Van Solinge heeft in zijn proefschrift in 1994 reeds verdedigd dat het ontbreken van een specifieke regeling voor een grensoverschrijdende variant van fusie niet in de weg staat aan grensoverschrijdende fusie. Hetzelfde geldt naar mijn mening voor splitsing en grensoverschrijdende splitsing.

Ook volgens het Hof van Justitie van de EG is het ontbreken van een wettelijk kader geen belemmering voor de toelaatbaarheid van en uitvoering van een grensoverschrijdende fusie. Het bestaan van harmonisatieregels – zoals bijvoorbeeld in de vorm van een richtlijn – is niet een voorwaarde voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging. In overweging 26 van het Sevic-arrest schrijft het Hof van Justitie van de EG hierover:

'(...) hoewel communautaire harmonisatieregels nuttig zijn om grensoverschrijdende fusies te vergemakkelijken, kan het bestaan van dergelijke harmonisatieregels niet als voorwaarde vooraf worden gesteld voor de uitoefening van de in de artikelen 43 EG en 48 EG neergelegde vrijheid van vestiging (...).'

In het Bachmann-arrest¹⁷⁴ schrijft het Hof van Justitie van de EG in dezelfde zin:

'(...) harmonisatie kan niet als voorwaarde vooraf worden gesteld voor de toepassing van artikel 48 EEG-Verdrag'.

174 HvJ EG 28 januari 1992, Hanns-Martin Bachmann tegen Belgische Staat, zaak C-204/90, Jurisprudentie 1992 p. I-00249.

Ook in het Vale-arrest bevestigt het Hof van Justitie van de EU nog eens dat een verschil in behandeling van grensoverschrijdende omzettingen ten opzichte van nationale omzettingen niet kan worden gerechtvaardigd door het ontbreken van regels van afgeleid Unierecht. Het Hof van Justitie van de EU merkt dienaangaande nog eens op dat regels omtrent grensoverschrijdende omzettingen deze weliswaar vergemakkelijken, maar het bestaan ervan niet als voorwaarde vooraf kan worden gesteld voor de uitoefening van vrijheid van vestiging.¹⁷⁵

Uit zowel de opvatting van Van Solinge, als uit de overwegingen van het Hof van Justitie van de EG/EU in het Sevic-arrest, het Bachmann-arrest, en het Vale-arrest, als uit de overwegingen van de Rechtbank Amsterdam, leid ik af dat het ontbreken van harmonisatie van de procedure tot en de gevolgen van grensoverschrijdende splitsing niet in de weg staan aan een positief antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing.

4.5.6 De wijze van uitoefening van de vrijheid van vestiging bij een grensoverschrijdende splitsing

Uit het Sevic-arrest van het Hof van Justitie van de EG volgt naar mijn mening voldoende dat grensoverschrijdende splitsing mogelijk is op basis van de vrijheid van vestiging en dat grensoverschrijdende splitsing een wijze van de uitoefening van de vrijheid van vestiging kan vormen. Mits sprake is van een ‘vestiging’, is een grensoverschrijdende splitsing, althans binnen de lidstaten van de EU, toelaatbaar, uiteraard vooropgesteld dat (i) het recht van de betrokken lidstaten, waarvan het recht van toepassing is op de vennootschappen betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing, de nieuw opgerichte vennootschappen daaronder begrepen, de betreffende vorm van splitsing kennen en (ii) de grensoverschrijdende splitsing gepaard gaat met werkelijke uitoefening van economische activiteiten door middel van een vestiging in de inbound-lidstaat.¹⁷⁶

175 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jur. 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 38.

176 HvJ EG 12 september 2006, Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas, Zaak C 186/04, Jurisprudentie p. I-7795, r.o. 54 en HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jur. 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 34. Zie tevens: HvJ EG 25 juli 1991, The Queen tegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd en anderen. Verzoek om een prejudiciële beslissing: High Court of Justice, Queen’s Bench Division - Verenigd Koninkrijk, Zaak C-221/89, Jurisprudentie 1991 p. I-3905, r.o. 20. Zie in andere zin, waarin ten aanzien van *natuurlijke personen* het vereiste van de uitoefening van een economische activiteit niet werd vereist: HvJ EG 7 september 2006, N/ Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Zaak C-470/04, Jurisprudentie 2006, p. I-7445. Volgens Van Veen is voornoemd arrest niet van belang ten aanzien van de vestigingsvrijheid van vennootschappen aangezien het Hof van Justitie van de EU in r.o. 34 van het Vale-arrest duidelijk heeft overwogen dat werkelijke vestiging in de lidstaat van ontvangst vereist is om gebruik te maken van de vrijheid van vestiging. Zie: Van Veen 2013-I, p. 517.

De vrijheid van vestiging kan op verschillende manieren worden uitgeoefend.¹⁷⁷ Door Van Solinge is in 1994, naar de toen geldende stand van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG, de wijze van vestiging bij een grensoverschrijdende fusie uitgebreid uiteengezet.¹⁷⁸ Van Boxel heeft dat in 2011 nog eens herhaald.¹⁷⁹

Naar mijn mening is bij een grensoverschrijdende zuivere splitsing en afsplitsing door middel van oprichting van één of meerdere nieuwe vennootschappen altijd sprake van een vestiging. Splitsing door overneming kan ook worden gezien als een vestigingshandeling.¹⁸⁰ Bij een zuivere splitsing en afsplitsing door middel van overneming is in ieder geval sprake van een vestiging in de zin van artikel 49 VwEU, indien ten minste één filiaal van één van de verkrijgende vennootschappen in de lidstaat waar de gesplitste vennootschap gevestigd was, achterblijft. In dat geval kan verdedigd worden dat één van de verkrijgende vennootschappen gebruik maakt van de vrijheid van vestiging.

Indien geen filiaal achterblijft in de lidstaat van de splitsende vennootschap, is het in ieder geval de aandeelhouder van de gesplitste vennootschap, indien die gevestigd is in de lidstaat van vestiging van de gesplitste vennootschap of in een andere lidstaat dan de lidstaat van de verkrijgende vennootschap, die gebruik maakt van de vrijheid van vestiging in de lidstaat of lidstaten van de verkrijgende vennootschappen. Voor de toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging is in dit geval wel vereist dat de aandeelhouder een controlerend belang verkrijgt in de verkrijgende vennootschap(en), die reeds bestaan of in het kader van de grensoverschrijdende splitsing worden opgericht. Van een ‘controlerend belang’ is in ieder geval sprake indien de deelneming in het kapitaal van een vennootschap de aandeelhouder een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent, dat hij de activiteiten daarvan kan bepalen. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG blijkt dat in ieder geval sprake is van een ‘controlerend belang’ indien de aandeelhouder een belang heeft van meer dan 50%.¹⁸¹ Indien geen controlerend belang aanwezig is, is de vrijheid van vestiging niet van toepassing. In dat geval kan een beroep gedaan worden op de vrijheid van kapitaalverkeer, zoals neergelegd in artikel 63 VwEU. Een beroep op de vrijheid van kapitaalverkeer heeft hetzelfde rechtsgevolg als een beroep op de vrijheid van vestiging, maar ziet slechts op de vrijheid van kapitaal – minderheidsbelangen daaronder begrepen – en niet op het verkrijgen van controlerende belangen.¹⁸²

177 Zie tevens: Hansen 2007, p. 181 – 204.

178 Van Solinge 1994, p. 200 – 202.

179 Van Boxel 2011, p. 30.

180 Van Veen 2013-I, p. 524.

181 Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 13 april 2000, C. Baars tegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Zaak C-251/98, Jurisprudentie 2000 p. I-02787, r.o. 21 en 22 en HvJ EG 5 november 2002, Überseering B.V./Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), zaak C-208/00, Jurisprudentie 2002, p. I-9919, r.o. 77 en Conclusie van Advocaat-Generaal A. Tizzano van 7 juli 2005 in Zaak C-411/03 (Sevic), Jurisprudentie 2005, p. I-10805, overweging 41.

182 Weber 2003, paragraaf 2.1.

Indien bij grensoverschrijdende afsplitsing de aandeelhouder van de splitsende vennootschap of de afsplitsende vennootschap zelf – bij een hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW of bijvoorbeeld bij een Ausgliederung in de zin van § 152 Umwandlungsgesetz – een controlerend belang verkrijgt in de verkrijgende vennootschap, is er eveneens sprake van een vestiging in de zin van artikel 49 VwEU. Indien er geen controlerend belang ontstaat, is de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing.

4.5.7 *Beperkingen op de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing – bekendheid met splitsing vereist*

Hoewel de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing in sterke mate wordt ingevuld door EU-recht, kan, ook al zijn er geen inperkingen op de vrijheid van vestiging mogelijk (zie hierna paragraaf 4.5.8. en 4.5.9.), een grensoverschrijdende splitsing toch niet altijd doorgang vinden. Dat kan het geval zijn indien het recht van een lidstaat dat van toepassing is op één of meer van de vennootschappen, waarvan betrokkenheid bij de grensoverschrijdende splitsing gewent is, de in het kader van de splitsing op te richten vennootschap daaronder begrepen, de figuur van de juridische splitsing niet kent. In beginsel is vereist dat de betreffende rechtsstelsels de figuur van de splitsing kennen. Zonder bekendheid met de nationale, interne variant, is het bestaan van een grensoverschrijdende variant immers moeilijk denkbaar. Volgens De Wulf kan de vrijheid van vestiging niet zo ver doorwerken dat de vrijheid van vestiging in een lidstaat – waarvan de wetgeving de figuur van de splitsing niet kent – niet bestaande vormen van herstructurering of varianten daarop introduceert in de wetgeving van die lidstaat.¹⁸³

Op het eerste gezicht lijkt de hiervoor beschreven situatie waarin splitsing in de ene lidstaat wel bekend is en in de andere lidstaat niet een louter theoretische te zijn, aangezien alle lidstaten de Zesde richtlijn inmiddels hebben geïmplementeerd. Dat is echter niet juist.

Sinds september 2008 heeft Roemenië als laatste van alle toen bestaande lidstaten van de EU de Zesde richtlijn geïmplementeerd.¹⁸⁴ De wetgeving van Kroatië voldeed ten tijde van toetreding tot de Europese Unie op 1 juli 2013 reeds aan de eisen van de Zesde richtlijn.¹⁸⁵ Dat betekent dat alle lidstaten van de EU ten minste de basisvorm van splitsing, namelijk: zuivere splitsing zoals omschreven in artikel 1 Zesde richtlijn, in hun wetgeving hebben geregeld. Omdat alle lidstaten de nationale juridische splitsing in hun wetgevingen geregeld hebben, is een grensoverschrijdende zuivere splitsing waarbij vennootschappen betrokken zijn waarop

183 De Wulf 2006, p. 87. Zie tevens over de soevereiniteit van lidstaten op dit punt: Van Veen (2013-I), p. 518 – 519.

184 Bron: http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm.

185 Screening report Croatia – Chapter 6 – Company Law, p. 11. Bron: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/croatia/screening_reports/screening_report_06_hr_internet_en.pdf

het recht van die lidstaten van toepassing is, toelaatbaar op basis van de vrijheid van vestiging.

Hoewel lidstaten de Zesde richtlijn geïmplementeerd kunnen hebben in nationale wetgeving, hoeft dat nog niet te betekenen dat ook afsplitsing in de zin van artikel 25 Zesde richtlijn in de wetgeving van lidstaten is opgenomen. Een ander voorbeeld is de splitsing waarbij een bijbetaling hoger dan 10% van de waarde van de toegekende aandelen is toegestaan. Is de afsplitsing of de splitsing waarbij een bijbetaling hoger dan 10% van de waarde van de toegekende aandelen is toegestaan niet bekend in een lidstaat waarvan het recht van toepassing is op één van de bij de splitsing betrokken vennootschappen, dan kan de toelaatbaarheidsvraag wat betreft die vennootschap niet per definitie positief beantwoord worden aan de hand van de vrijheid van vestiging. Hetzelfde geldt naar mijn mening *mutatis mutandis* voor vormen van splitsing die een creatie zijn van nationale wetgevers, zoals bijvoorbeeld in Nederland de driehoekssplitsing in de zin van artikel 2:334ii BW, de hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW en in Duitsland de Ausgliederung in de zin van § 152 Umwandlungsgesetz.

Dit alles betekent echter niet dat het recht van een lidstaat – waarvan het recht een bepaalde vorm van splitsing niet kent – zich *per definitie verzet* tegen een grensoverschrijdende toepassing van een in die lidstaat niet bekende splitsingsvorm. Ik kan mij voorstellen dat de rechtspraktijk van een lidstaat dermate liberaal is dat de vraag naar de toelaatbaarheid van in die lidstaat niet-bekende vormen van splitsing niet negatief wordt beantwoord. Het enkele feit dat één van de betrokken lidstaten de betreffende vorm van splitsing niet kent, betekent nog niet dat in dat de geval de splitsing per definitie ontoelaatbaar is. Zoals beschreven in paragraaf 4.3.3.2e, heeft Storm het standpunt verdedigd dat grensoverschrijdende toepassing van bijvoorbeeld de driehoekssplitsing ook mogelijk is op basis van de vrijheid van vestiging.¹⁸⁶

Vanuit Nederlands perspectief zou ik, althans wat betreft de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van specifieke – en in het Nederlandse recht onbekende – vormen van grensoverschrijdende splitsing, niet zo ver als Storm willen gaan, aangezien dat leidt tot introductie van onbekende vormen van herstructurering in de Nederlandse rechtsorde. Problemen kunnen bijvoorbeeld optreden bij de autoriteiten die zich over de wettigheid van de grensoverschrijdende splitsing moeten buigen. De vrijheid van vestiging heeft het karakter van een verbodsbepaling en kan niet leiden tot introductie van vreemde vormen van herstructurering in een andere lidstaat (de zogenoemde ‘negatieve werking van de vrijheid van vestiging’). Wel is naar mijn mening toelaatbaar dat een vennootschap waarop het recht van een staat van toepassing is dat de driehoekssplitsing niet kent, partij is bij een driehoekssplitsing, indien het nationale recht van die staat de betrokkenheid bij de driehoekssplitsing niet in de weg staat – en vanuit het perspectief van die staat de vraag naar de toelaatbaarheid positief wordt beantwoord.

¹⁸⁶ Storm 2009, p. 335, 336.

4.5.8 *Beperkingen op de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing – in overeenstemming met Unierecht*

Lidstaten kunnen een grensoverschrijdende splitsing alleen niet toelaatbaar achten of nadere eisen stellen aan een grensoverschrijdende splitsing – inhoudende dat een grensoverschrijdende splitsing anders wordt behandeld dan een nationale splitsing – indien en voor zover een inperking op de vrijheid van vestiging geoorloofd is krachtens het Europese recht.

Inperkingen op de vrijheid van vestiging zijn alleen geoorloofd indien met de inperking een rechtmatig doel wordt nagestreefd, dat in overeenstemming is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Bovendien moet deze inperking voldoen aan de beginselen van *proportionaliteit* en *subsidiariteit* van het Europese recht (artikel 5 Verdrag betreffende de Europese Unie).

4.5.9 *Beperkingen op de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing – dwingende redenen van algemeen belang*

Dwingende redenen van algemeen belang op basis waarvan de toelaatbaarheidsvraag negatief kan worden beantwoord, kunnen onder meer zijn: de bescherming van de belangen van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers, alsook de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en eerlijkheid van handelstransacties. Bepalingen van nationaal recht die zien op deze onderwerpen, mogen de vrijheid van vestiging beperken en een belemmering opwerpen voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging, voor zover deze in verhouding staan tot het te bereiken doel. Het is mijn inziens de vraag in hoeverre het worden van aandeelhouder, het krijgen van een debiteur of de tewerkstelling bij een verkrijgende vennootschap waarop het recht van een andere staat van toepassing is een forse extra bescherming rechtvaardigt. In een interne markt, zoals die bestaat binnen de lidstaten van de EU, zou het in principe niet uit hoeven maken door welk recht de vennootschap waarvan een aandeelhouder aandelen houdt, een schuldeiser schuldeiser is of een werknemer werkzaam is, wordt beheerst. Maatregelen ter bescherming van de hiervoor genoemde belanghebbenden zijn weliswaar toegestaan, ik vraag mij echter af of het bestaan van die maatregelen wel ten goede komt aan het optimaal functioneren van de interne markt. In ieder geval mogen de maatregelen ter bescherming geen onnodige belemmeringen opwerpen. Of een maatregel een onnodige belemmering opwerpt, is een vraag over de verenigbaarheid van nationaal recht met het unierecht en die zal eventueel moeten worden beantwoord door het Hof van Justitie van de EU.

Een voorbeeld van een regeling die een geoorloofde beperking van de vrijheid van vestiging zou opleveren en een negatieve beantwoording van de toelaatbaarheidsvraag zou rechtvaardigen, is een *meer uitgebreide* vorm van bescherming van minderheidsaandeelhouders ten opzichte van hetgeen het geval zou zijn bij

nationale splitsingen. De aandeelhouders van de gesplitste vennootschap worden – in de regel – aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap(pen). De verkrijgende vennootschappen worden bij een grensoverschrijdende splitsing beheerst door het recht van één of meer andere lidstaten. Deze wijziging waarmee de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap te maken krijgen, kan een andere behandeling dan het geval zou zijn geweest bij een nationale splitsing, rechtvaardigen. Minderheidsaandeelhouders zouden bijvoorbeeld bij een grensoverschrijdende splitsing een uittreedrecht of een recht op schadeloosstelling kunnen krijgen, terwijl zij dat niet hebben bij een nationale splitsing. In principe zou deze andere behandeling ten opzichte van gevallen van nationale splitsingen een discriminatie opleveren die in strijd is met de vrijheid van vestiging en een negatief antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing rechtvaardigen als deze beschermende regels niet zijn nageleefd, omdat hiermee de vrijheid van vestiging geoorloofd wordt ingeperkt.

Een ander voorbeeld betreft een meer uitgebreide vorm van de bescherming van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing in verhouding tot nationale splitsing. Lidstaten hebben op grond van artikel 12 Zesde richtlijn vrijheid te bepalen op welke wijze crediteurenbescherming plaatsvindt. In het algemeen zijn twee systemen van crediteurenbescherming te onderscheiden: bescherming van crediteuren voorafgaande aan het van kracht worden van de splitsing (*ex ante*) enerzijds en bescherming van crediteuren na het van kracht worden van de splitsing (*ex post*) anderzijds. Wanneer een vennootschap, waarvan het op die vennootschap toepasselijke recht bescherming van crediteuren *ex ante* kent, grensoverschrijdend wordt gesplitst en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) bescherming van crediteuren *ex post* kent, kan een dubbele bescherming van crediteuren ontstaan, namelijk zowel in de lidstaat van de gesplitste vennootschap, als in de lidstaat of lidstaten van de verkrijgende vennootschap(pen). Dit zou kunnen leiden tot een andere behandeling van de grensoverschrijdende splitsing ten opzichte van hetgeen het geval zou zijn bij een nationale splitsing. Deze afwijkende behandeling kan in strijd zijn met de vrijheid van vestiging, maar in dit geval kan deze afwijkende behandeling geoorloofd zijn omdat hiermee de belangen van crediteuren worden beschermd.¹⁸⁷

4.5.10 De vraag naar toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing waarbij niet-EU-vennootschappen zijn betrokken

4.5.10.1 Niet-EU-staten

De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing waarbij vennootschappen zijn betrokken die niet worden beheerst door het recht van een

¹⁸⁷ Overigens kan deze situatie zich ook voordoen bij grensoverschrijdende fusie. Zie hierover: Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 202 – 205.

lidstaat van de EU, kan niet worden beantwoord aan de hand van de vrijheid van vestiging en de overwegingen in het Sevic-arrest en Vale-arrest. De vrijheid van vestiging werkt immers alleen binnen de interne markt van de lidstaten van de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte en niet daarbuiten.

Ook andere landen binnen het Koninkrijk der Nederlanden dan Nederland, namelijk: Aruba, Curaçao en Sint Maarten, behoren niet tot de Europese Unie. Aruba, Curaçao en Sint Maarten hebben ieder hun eigen rechtsstelsel en vennootschapsrecht. De eilanden van de voormalige Nederlandse Antillen die per 10 oktober 2010 openbare lichamen van het land Nederland zijn geworden, namelijk: Bonaire, Saba en Sint Eustatius, maken vennootschapsrechtelijk gezien evenmin deel uit van Nederland (als land in Europa) en de Europese Unie. Hoewel uit de terminologie van de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen blijkt dat het land Nederland per 10 oktober 2010 mede de openbare lichamen Bonaire, St. Eustatius en Saba omvat, hebben deze openbare lichamen (nog) wel hun eigen rechtsstelsel en hun eigen Burgerlijk Wetboek, hetgeen afgeleid is van het Burgerlijk Wetboek zoals dat tot 10 oktober 2010 op de Nederlandse Antillen gold (artikel 2 Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba).¹⁸⁸ Ook uit de redactie van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen blijkt dat – wat betreft die wet – de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba als afzonderlijke staten worden aangemerkt (artikel 1 lid 1 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen). Voor de beantwoording van de vraag of een grensoverschrijdende splitsing van een vennootschap beheerst door het recht van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, Bonaire, Saba of Sint Eustatius mogelijk is, moet gekeken worden naar die afzonderlijke rechtsstelsels.

4.5.10.2 Grensoverschrijdende splitsing en niet-EU-lidstaten: altijd grensoverschrijdend?

Een splitsing is vanuit Nederlands oogpunt, vanwege het in Nederland gehanteerde incorporatiestelsel zoals neergelegd in artikel 10:118 BW, grensoverschrijdend wanneer ten minste twee bij de splitsing betrokken vennootschappen hun statutaire zetel in verschillende staten hebben. Vanuit het oogpunt van lidstaten die de leer van de werkelijke zetel hanteren, is een splitsing grensoverschrijdend wanneer ten minste twee bij de splitsing betrokken vennootschappen hun hoofdbestuur / werkelijke zetel in verschillende staten hebben.

Zoals opgemerkt in paragraaf 4.2.2., kunnen lidstaten niet onverkort de leer van de werkelijke zetel of de incorporatieleer toepassen op vennootschappen die worden beheerst door het recht van een andere lidstaat, omdat dat in strijd is met de vrijheid

¹⁸⁸ Wet van 17 mei 2010 tot invoering van de regelgeving met betrekking tot de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba), Stb. 2010, 346.

van vestiging.¹⁸⁹ De vrijheid van vestiging – en de daaruit voortvloeiende plicht tot *erkenning* van vennootschappen die worden beheerst door het recht van andere lidstaten¹⁹⁰ – geldt echter niet ten opzichte van vennootschappen die worden beheerst door het recht van een niet-EU-lidstaat, daaronder begrepen vennootschappen die worden beheerst door het recht van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, of door de openbare lichamen Bonaire, Saba en Sint Eustatius. Het gevolg daarvan is dat bijvoorbeeld een vennootschap, beheerst door het recht van een staat die de incorporatieleer hanteert, met hoofdbestuur in een lidstaat die de werkelijke zetelleer hanteert, partij zou kunnen zijn bij een splitsing die naar het recht van die lidstaat plaatsvindt. Vanuit het oogpunt van de lidstaat die de leer van de werkelijke zetel hanteert zou dan geen sprake kunnen zijn van een grensoverschrijdende splitsing, maar van een nationale splitsing. Vanuit het oogpunt van die lidstaat is de vraag naar de toelaatbaarheid van een *grensoverschrijdende* splitsing niet aan de orde.

4.5.10.3 De vraag naar toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing waarbij niet-EU-vennootschappen zijn betrokken vanuit Nederlands perspectief

De vraag of een grensoverschrijdende splitsing waarbij enerzijds een Nederlandse vennootschap betrokken is en anderzijds een niet-EU-vennootschap toelaatbaar is, moet naar mijn mening vanuit Nederlands perspectief positief worden beantwoord.

Uiteraard kan de toelaatbaarheidsvraag niet zonder meer positief beantwoord worden omdat een wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing ontbreekt. De toelaatbaarheidsvraag kan, zoals gesignaleerd in paragraaf 4.5.10.1., evenmin worden beantwoord aan de hand van de vrijheid van vestiging. De vraag of een grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap met niet-EU-vennootschappen toelaatbaar is, vertoont daardoor veel gelijkenissen met de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie, voordat de SE-Verordening en de Tiende richtlijn van kracht werden en het Sevic-arrest werd gewezen.

Van Solinge heeft in zijn proefschrift in 1994 de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap betrokken was reeds positief beantwoord, ook wat betreft grensoverschrijdende fusie met een niet-EU-vennootschap. Ik kan geen valide argument bedenken waarom de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing, waarbij een Nederlandse vennootschap en een niet-EU-vennootschap zijn betrokken, vanuit Nederlands perspectief negatief zou moeten worden beantwoord, mits de procedure tot splitsing ook in de staat waarvan het recht van toepassing is op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen min of meer gelijk is aan de splitsingsprocedure in Nederland en vanuit

¹⁸⁹ Vlas 2009-I, p. 377 – 378.

¹⁹⁰ HvJ EG 5 november 2002, *Überseering*, zaak C-208/00, Jurisprudentie p. I-9919.

Nederlands perspectief de belangen van belanghebbenden, zoals crediteuren, (minderheids)aandeelhouders en werknemers afdoende zijn beschermd.

Als de rechtsgevolgen van een juridische splitsing ook volgens het recht dat van toepassing is op de andere bij de splitsing betrokken (niet-EU)-vennootschappen overeenkomen met de rechtsgevolgen van een door Nederlands recht beheerste juridische splitsing, namelijk: (i) een overgang van vermogen onder algemene titel van de splitsende vennootschap op iedere verkrijgende vennootschap, (ii) een omwisseling van aandelen in de splitsende vennootschap voor aandelen in iedere verkrijgende vennootschap en (iii) het van rechtswege ophouden te bestaan van de splitsende vennootschap bij een zuivere splitsing, zie ik niet in waarom de toelaatbaarheidsvraag negatief beantwoord zou moeten worden. Zoals ook al vastgesteld in paragraaf 4.3.2.1., heeft Titel 2.7. BW geen beperkt territoriale werking. Dit geldt naar mijn mening niet alleen voor fusie, maar ook voor splitsing. Ook na het van kracht worden van de wijzigingen in artikel 2:308 BW en de toevoeging van Afdeling 2.7.3A BW per 15 juli 2008 zie ik niet in waarom de regels van Afdeling 2.7.4 en 2.7.5 BW een tot het Nederlands territorium beperkte werking zouden hebben.

4.6 Conclusies en aanbevelingen

De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing is een vraag die beantwoord wordt aan de hand van het nationale recht van een staat dat van toepassing is op een vennootschap, de *lex societatis*. De vraag naar de toelaatbaarheid gaat vooraf aan de vraag naar het toepasselijke recht op een grensoverschrijdende splitsing. De *lex societatis* wordt bepaald aan de hand van het internationaal privaatrecht van een staat, met de restrictie dat binnen de lidstaten van de Europese Unie lidstaten de eigen regels van ipr niet onverkort kunnen toepassen op vennootschappen die worden beheerst door het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie.

In dit hoofdstuk heb ik de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing vergeleken met de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie, zowel voordat het Sevic-arrest werd gewezen en de SE-Verordening en de Tiende richtlijn van kracht werden, als daarna. Deze vergelijking is gebaseerd op de gemeenschappelijke kenmerken van (grensoverschrijdende) fusie en (grensoverschrijdende) splitsing, namelijk: (i) de overgang van vermogen onder algemene titel, (ii) een ruil van aandelen, (iii) het ophouden te bestaan van de verdwijnende vennootschap bij fusie, respectievelijk de splitsende vennootschap bij splitsing – tenzij de splitsende vennootschap blijft voortbestaan – en (iv) de onderlinge verwevenheid van fusie en splitsing door harmonisatie via Richtlijn 2011/35/EU en de Zesde richtlijn.

Wat betreft grensoverschrijdende fusie werd de vraag naar de toelaatbaarheid, voordat het Sevic-arrest werd gewezen en de SE-Verordening en de Tiende richtlijn van kracht werden, verschillend beantwoord. Raaijmakers was bijvoorbeeld van

mening dat Titel 2.7 BW ‘beperkt territoriale werking’ had en alleen zag op nationale fusie, Dortmund nam het standpunt in dat een grensoverschrijdende vermogensovergang onder algemene titel niet mogelijk was. Van Solinge beantwoordde in zijn proefschrift in 1994 de vraag of grensoverschrijdende fusie toelaatbaar was, wel positief. Hij was van mening dat het ontbreken van een regeling omtrent grensoverschrijdende fusie niet in de weg staat aan de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie. Bovendien beargumenteerde hij dat van iedere rechtsfiguur die een *interne regeling* kent in het nationale recht van een staat een *internationale variant* bestaat. Hij maakt hierbij de vergelijking met nationale en internationale adoptie.

Na het van kracht worden van de SE-Verordening en de Tiende richtlijn werd de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie – wat betreft de SE-Verordening ten aanzien van de grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen waarbij een SE wordt gevormd en wat betreft de Tiende richtlijn ten aanzien van de grensoverschrijdende fusie van de daarin genoemde kapitaalvennootschappen – positief beantwoord. Uit het bestaan van een wettelijke regeling vloeit immers onomstotelijk voort dat de daarin omschreven vormen van grensoverschrijdende fusie van de in die regeling omschreven rechtsvormen toelaatbaar zijn. Voor de rechtsvormen en vormen van fusie die niet onder de reikwijdte van die regelingen vallen, kan de toelaatbaarheidsvraag positief beantwoord worden aan de hand van de overwegingen van het Hof van Justitie van de EG in het Sevic-arrest, de overwegingen van het Hof van Justitie van de EU in het Vale-arrest en de overwegingen van de Rechtbank Amsterdam, Sector Kanton in de Consuma-zaak.

De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing is, voordat het Sevic-arrest werd gewezen, wisselend beantwoord. Na het Sevic-arrest kwam daar verandering in. In het Sevic-arrest overwoog het Hof van Justitie van de EG in rechtsoverweging 19 het volgende:

Grensoverschrijdende fusies beantwoorden, evenals overige omzettingen van vennootschappen, aan de behoeften aan samenwerking en reorganisatie van vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Zij vormen bijzondere wijzen van uitoefening van de vrijheid van vestiging, die belangrijk zijn voor de goede werking van de interne markt, en behoren dus tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de in artikel 43 EG bedoelde vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen’.

In de literatuur die is verschenen naar aanleiding van het Sevic-arrest zijn de woorden ‘overige omzettingen van vennootschappen’ uitgelegd in de betekenis die zij hebben in § 1 van het Duitse Umwandlungsgesetz, waarin naast fusie ook splitsing is geregeld. Ik heb in dit hoofdstuk bepleit dat ook grensoverschrijdende splitsing, net als grensoverschrijdende fusie, aan de behoeften aan samenwerking en reorganisatie van vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd, beantwoordt en een bijzondere wijze van de uitoefening van de vrijheid van vestiging vormt. Daarnaast heb ik verdedigd dat een taalkundige uitleg van het

begrip ‘overige omzettingen’, ook in andere taalversies van het Sevic-arrest, leidt tot de conclusie dat het Hof van Justitie van de EG met het begrip ‘overige omzettingen’ een ruime reikwijdte heeft willen nastreven en niet alleen fusie op het oog heeft gehad, maar ook splitsing, net zoals in § 1 Umwandlungsgesetz naast fusie ook splitsing is opgenomen. Ook uit het Vale-arrest blijkt dat het Hof van Justitie van de EU met het begrip ‘omzetting’ alle vormen van herstructurering op het oog heeft en niet alleen de ‘omzetting’ als ‘rechtsvormwijziging’.

Op basis van deze redeneringen moet naar mijn mening de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing in ieder geval voor zover de grensoverschrijdende splitsing zich voltrekt binnen de lidstaten van de EU vanuit Nederlands perspectief positief worden beantwoord.

Voor een grensoverschrijdende splitsing die of voor het gedeelte van een grensoverschrijdende splitsing dat zich binnen de lidstaten van de EU afspeelt, wordt de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid bepaald door hetgeen bepaald is in het Sevic-arrest en bevestigd in het Vale-arrest. Ondanks de uitspraak van het Hof van Justitie van de EG in het Sevic-arrest is de vraag naar de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende juridische splitsing nog steeds relevant, niet alleen bij grensoverschrijdende splitsingen waarbij vennootschappen uit lidstaten en niet-lidstaten zijn betrokken, maar ook bij grensoverschrijdende splitsingen waarbij uitsluitend EU-vennootschappen zijn betrokken. Het recht van de lidstaten, dat van toepassing is op de vennootschappen die partij zijn bij de grensoverschrijdende splitsing, moeten de rechtsfiguur van de splitsing kennen. Nu alle lidstaten de Zesde richtlijn hebben geïmplementeerd in nationale wetgeving, zal iedere lidstaat van de EU de zuivere splitsing kennen. Dat geldt echter niet per definitie voor de afsplitsing en andere vormen van splitsing die de wetgevers van de lidstaten op eigen initiatief hebben ingevoerd, zoals in Nederland de driehoeks-splitsing en in Duitsland de ‘Ausgliederung’.

Grensoverschrijdende splitsingen waarbij vennootschappen uit EU-lidstaten betrokken zijn, zijn alleen niet toelaatbaar wanneer een beperking op de vrijheid van vestiging of de vrijheid van kapitaalverkeer gerechtvaardigd is, zoals in gevallen van dwingende redenen van algemeen belang en de bescherming van de belangen van de schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers en de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties. De beantwoording van de vraag of hiervan sprake is, kan per lidstaat verschillen. Hierdoor kan ook de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsingen per lidstaat verschillen, binnen deze door het Hof van Justitie van de EG aangegeven bandbreedte. Beperkingen van lidstaten op de vrijheid van vestiging in het algemeen – en in dit geval: beperkingen op de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing – moeten proportioneel zijn. Zij moeten in verhouding staan tot het te beschermen belang en mogen grensoverschrijdende splitsing niet in het algemeen belemmeren of (praktisch) onmogelijk maken. Grensoverschrijdende splitsingen of gedeelten daarvan die zich niet binnen de lidstaten van de EU afspelen, kunnen wel – en om andere

redenen dan hierboven beschreven – niet toelaatbaar zijn. De vrijheid van vestiging is in die gevallen immers niet van toepassing.

Zoals uiteengezet in paragraaf 4.3.3.2f., werd de visie dat de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing positief moet worden beantwoord op grond van de vrijheid van vestiging ten tijde van de implementatie van de Tiende richtlijn in het Nederlandse recht niet gehuldigd door de Nederlandse minister van Justitie. De wetgevers in andere lidstaten van de EU, namelijk Luxemburg, Denemarken en Finland, dachten daar anders over en hebben in het Sevic-arrest aanleiding gezien tot het opstellen van wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing en hebben daarmee de regels die voortvloeien uit het Sevic-arrest gecodificeerd.

Een consistente beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing in alle lidstaten van de EU zou ertoe bijdragen dat grensoverschrijdende splitsing een rechtszeker instrument tot herstructurering wordt. De juridische praktijk is gediend met het bestaan van een wettelijk raamwerk omtrent grensoverschrijdende splitsing. Zoals ik al veelvuldig heb vastgesteld, blijkt uit het bestaan van een wettelijke regeling omtrent een rechtshandeling, zoals grensoverschrijdende fusie, onomstotelijk dat die rechtshandeling – wat betreft de vormen van herstructurering en de rechtsvormen waarop die regeling ziet – toelaatbaar is. Wanneer die wettelijke regeling ook nog eens geharmoniseerd is door middel van een Europese richtlijn, zal de toelaatbaarheidsvraag vanuit de perspectieven van alle lidstaten op dezelfde consistente wijze worden beantwoord. Mijn aanbeveling is dan ook dat de Europese wetgever een initiatief neemt tot het opstellen van regelgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing past binnen het palet van en vormt een aanvulling op de reeds wettelijk geregelde mogelijkheden tot grensoverschrijdende herstructurerings, zoals grensoverschrijdende fusie. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing bevordert bovendien het optimaal functioneren van de interne markt van de EU, waarin binnengrenzen geen belemmeringen mogen zijn in grensoverschrijdend rechtsverkeer.

Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau zou een zo groot mogelijke reikwijdte moeten hebben wat betreft de *vormen van splitsing* – hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij de Zesde richtlijn – en wat betreft de *rechtsvormen* die partij kunnen zijn bij grensoverschrijdende splitsing. De vrijheid van vestiging heeft immers ook een ruime reikwijdte (artikel 49 jo. artikel 54 VwEU). Een beperkte reikwijdte van een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing wat betreft *vormen van splitsing* en wat betreft *rechtsvormen* die partij kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing staat echter niet in de weg aan de mogelijkheid (i) niet geregelde vormen van splitsing en (ii) grensoverschrijdende splitsingen waarbij andere rechtsvormen dan die opgenomen in de regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing partij zijn uit te voeren op basis van de vrijheid van vestiging.

Dat de Europese wetgever niet (meer) stil zit omtrent mobiliteit van vennootschappen binnen de EU in het algemeen blijkt onder meer uit een resolutie van het Europese Parlement van 2 februari 2012 betreffende zetelverplaatsing van vennootschappen met wijziging van de *lex societatis*, waarin de Europese Commissie wordt verzocht een voorstel in te dienen voor een Veertiende richtlijn betreffende zetelverplaatsing¹⁹¹ en een publieke consultatie die de Europese Commissie heeft gehouden in het voorjaar van 2012 over de toekomst van het Europese vennootschapsrecht. In die consultatie werden tevens vragen gesteld over de wenselijkheid van wetgeving op unieniveau over grensoverschrijdende splitsing.¹⁹² Als resultaat op die consultatie heeft de Europese Commissie aan het Europees Parlement medegedeeld dat zij in 2013 op basis van de resultaten van de studie over de toepassing van de Tiende richtlijn zal nagaan of er een initiatief moet komen in verband met een kader voor grensoverschrijdende splitsingen, mogelijk in de vorm van een wijziging van de Tiende richtlijn. De Europese Commissie beargumenteert dat door te stellen dat de Tiende richtlijn goed bekend is bij de belanghebbenden en een beproefd kader voor grensoverschrijdende herstructureringen vormt.¹⁹³

Naar mijn mening zou, in tegenstelling tot de mening die de Europese Commissie is toegegaan, een aparte richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing het meest geschikte instrument zijn grensoverschrijdende splitsing wettelijk te regelen of om de wetgevingen van lidstaten omtrent grensoverschrijdende splitsing te harmoniseren. Voor de regeling omtrent grensoverschrijdende fusie is immers ook gekozen voor een richtlijn, die veel verwijzingen naar de Derde richtlijn betreffende nationale fusie bevat. Een richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing zou ook verwijzingen naar de Zesde richtlijn betreffende nationale splitsing kunnen bevatten. Zouden regels omtrent grensoverschrijdende splitsing worden opgenomen in de Tiende richtlijn, dan zou daarin ook verwezen moeten worden naar de Zesde richtlijn. Omdat de Zesde richtlijn al veel verwijzingen bevat naar de Derde richtlijn, zou het opnemen van regels omtrent grensoverschrijdende splitsing in de Tiende richtlijn die bepalingen welhaast onleesbaar maken. Dat zou naar mijn mening moeten worden voorkomen, omdat met onleesbare wetgeving de praktijk en de rechtszekerheid ook niet gediend is. Wel zouden de regels van een richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing kunnen voortborduren op de grondslagen van de Tiende richtlijn. Wel moeten naar mijn mening dan eerst artikel 1 en artikel 26 lid 2 van de Zesde richtlijn gewijzigd worden in die zin dat implementatie van die richtlijn niet meer optioneel maar dwingend is. Zou de optionele implementatie van de Zesde richtlijn gehandhaafd worden, dan zou

191 European Parliament resolution of 2 February 2012 with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI)).

192 Bron: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/12/119&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>.

193 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzamere ondernemingen, Straatsburg 12.12.2012, COM (2012) 740 final, p. 14.

de situatie kunnen ontstaan dat, wanneer een lidstaat de wetgeving omtrent nationale splitsing schrapt, ook de basis van grensoverschrijdende splitsing – i.e. de regels omtrent nationale splitsing – wegvalt.

Buiten en vooruitlopend op initiatieven tot wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau, zou de Nederlandse wetgever een initiatief kunnen nemen tot het opstellen van wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing. Dan zou in ieder geval duidelijkheid bestaan over het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing en de op de grensoverschrijdende splitsing toe te passen regels. Bovendien wordt ook het vestigingsklimaat in Nederland versterkt met een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing. Niet alleen kunnen dan door Nederlands recht beheerste vennootschappen op grond van een wettelijke regeling optreden als verkrijgende vennootschap bij een grensoverschrijdende splitsing, ook de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing van door Nederlands recht beheerste vennootschappen komt de attractiviteit van het Nederland als land met een flexibel vennootschapsrecht ten goede. Ten slotte kunnen in zo een regeling bepalingen worden opgenomen ter bescherming van belanghebbenden (zoals minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers) bij een grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap.

Dat het opnemen van regels omtrent grensoverschrijdende splitsing op nationaal niveau niet onmogelijk is, hebben de Luxemburgse, Deense en Finse wetgever aangetoond. Ook de (Nederlandse) Commissie Vennootschapsrecht heeft met het indienen van een pre-wetsvoorstel betreffende grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen in 2012 aangetoond dat het ontbreken van een regeling op unieniveau omtrent grensoverschrijdende omzetting niet in de weg staat aan een regeling op nationaal niveau betreffende nationale omzetting. Mocht na de totstandkoming van nationale wetgeving alsnog een wettelijke regeling op unieniveau tot stand komen – hetgeen ik gezien het internationale karakter van grensoverschrijdende splitsing zou toejuichen –, dan kan die wetgeving alsnog in lijn worden gebracht met deze regelgeving op unieniveau.

Los van wetgeving op nationaal niveau of unieniveau omtrent grensoverschrijdende splitsing zou de Nederlandse wetgever het initiatief kunnen nemen tot het opstellen van wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing waarbij ook vennootschappen betrokken zijn die niet worden beheerst door het recht een EU-lidstaat. Dat zou het vestigingsklimaat voor ondernemingen in Nederland in relatie tot jurisdicties in de rest van de wereld verbeteren. Daarbij hoort naar mijn mening ook een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing waarbij vennootschappen zijn betrokken die worden beheerst door het recht van de afzonderlijke landen van het Koninkrijk der Nederlanden of door het recht van openbare lichamen Bonaire, Saba en Sint Eustatius van het land Nederland. Naar mijn mening doet de situatie waarin vennootschappen, beheerst door het recht van landen of openbare lichamen van hetzelfde koninkrijk, respectievelijk hetzelfde land, behandeld worden als vennootschappen waarop het recht van een andere, ‘derde’ staat van toepassing is, paradoxaal aan. Juist binnen het Koninkrijk der Nederlanden zou het relatief eenvoudig moeten zijn de wetgevingen

van de afzonderlijke landen en openbare lichamen te harmoniseren op het vlak van grensoverschrijdende splitsing en andere vormen van grensoverschrijdende herstructurering. Daarbij komt dat de wetgevingen van de landen Curaçao en Sint Maarten en de openbare lichamen Bonaire, Saba en Sint Eustatius veel gemeenschappelijke kenmerken hebben, aangezien zij in basis het tot 10 oktober 2010 geldende Nederlands Antilliaans Burgerlijk Wetboek gebruiken.

Aanbevelingen:

1. Om een consistente beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing in alle lidstaten van de EU te bewerkstelligen, moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau worden vastgesteld.
2. Een EU-richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing is, indachtig het bestaande systeem van de Derde richtlijn (thans: Richtlijn 2011/35/EU) en de Tiende richtlijn ten aanzien van grensoverschrijdende fusie, het meest geschikte instrument om de wetgevingen van lidstaten omtrent grensoverschrijdende splitsing te harmoniseren.
3. Artikel 1 en artikel 26 lid 2 van de Zesde richtlijn moeten gewijzigd worden in die zin dat implementatie van die richtlijn niet meer optioneel maar dwingend is.
4. Een EU-richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing kan verwijzingen bevatten naar de Zesde richtlijn betreffende nationale splitsing en wat betreft de regels die specifiek zien op grensoverschrijdende toepassing van splitsing voortborduren op de beginselen van de Tiende richtlijn.
5. Een EU-richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing heeft idealiter een zo ruim mogelijke reikwijdte, zowel wat betreft de vormen van grensoverschrijdende splitsing als de rechtsvormen die partij kunnen zijn bij grensoverschrijdende splitsing.
6. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing die in de toekomst op unieniveau zal bestaan, sluit een eerder tot stand gekomen regeling op nationaal, Nederlands niveau niet uit.
7. Niettegenstaande een regeling op unieniveau omtrent grensoverschrijdende splitsing kan de Nederlandse wetgever het initiatief nemen tot het opstellen van wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing waarbij ook vennootschappen betrokken zijn die niet worden beheerst door het recht van een EU-lidstaat. Dat zou het vestigingsklimaat voor ondernemingen in Nederland in relatie tot jurisdicties in de rest van de wereld verbeteren.
8. Het is wenselijk dat er wetgeving komt die vennootschappen die worden beheerst door het recht van Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten of door het recht van de openbare lichamen Bonaire, Saba en Sint Eustatius in staat stelt partij te zijn bij een ‘grensoverschrijdende’ splitsing binnen het Koninkrijk der Nederlanden.
9. De reikwijdte van artikel 2 SE-Verordening moet worden uitgebreid, zodat een SE ook kan worden gevormd in het kader van een grensoverschrijdende splitsing.

HOOFDSTUK 5

HET CONFLICTENRECHT BETREFFENDE GRENDOVERSCHRIJDENDE SPLITSING

5.1 Inleiding

Na een positieve beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing komt de vraag aan de orde naar het op een grensoverschrijdende splitsing – als rechtshandeling – toepasselijke recht. Het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht bevat de regels die gevolgd moeten worden om een grensoverschrijdende splitsing te effectueren.

Bij gebrek aan enige vorm van hetzij (i) eenvormig internationaal privaatrecht¹ betreffende grensoverschrijdende splitsing – zoals bijvoorbeeld het geval is bij toepassing van het Weens Koopverdrag 1980 inzake internationale koopovereenkomsten van roerende zaken –, hetzij (ii) enige regeling op verdragsrechtelijk niveau,² communautair niveau of unieniveau,³ welke regels omtrent ipr betreffende grensoverschrijdende splitsing bevat, moet het antwoord op de vraag naar het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht gevonden worden in het conflictenrecht van het nationale recht van (lid)staten. Het recht van deze lidsta(at)(en) kan geschreven of ongeschreven ipr betreffende grensoverschrijdende splitsing bevatten.

In paragraaf 5.2. zal uiteengezet worden dat de vraag naar het toepasselijk recht een onderdeel vormt van het internationaal privaatrecht. In paragraaf 5.3. zal stilgestaan worden bij verschillende wijzen van aanknoping bij rechtsstelsels in het ipr in het algemeen. In paragraaf 5.4. zal het conflictenrecht bij grensoverschrijdende fusie behandeld worden, omdat grensoverschrijdende fusie, zoals uiteengezet in hoofdstuk 1, kenmerken gemeenschappelijk met grensoverschrijdende splitsing heeft. Bovendien heeft, zoals beschreven in paragraaf 3.1, de wetgeving omtrent splitsing altijd de wetgeving omtrent fusie gevolgd. De totstandkoming van de Zesde richtlijn betreffende splitsing na de Derde richtlijn betreffende fusie is daar

1 Wanneer eenvormig privaatrecht van toepassing is, doen zich in internationale gevallen in beginsel geen wetsconflicten meer voor die door regels van internationaal privaatrecht moeten worden opgelost.

2 Een bepaling van een verdrag heeft als *lex superior* voorrang boven een bepaling van nationaal recht (artikel 94 Grondwet).

3 Het beginsel dat EU-wetgeving voorrang heeft op het nationale recht van de lidstaten is geformuleerd in HvJ EG 15 juni 1964, Zaak 6/64, Costa /E.N.E.L., Jurisprudentie 1964, p. 01203.

het meest sprekende voorbeeld van. Het is naar mijn mening niet ondenkbaar dat die beweging zich zal doorzetten met betrekking tot grensoverschrijdende splitsing.⁴

In paragraaf 5.5. zal ik de mogelijke conflictenrechtelijke benaderingen bij grensoverschrijdende splitsing behandelen. In paragraaf 5.6. ten slotte zullen de conflictregels aan bod komen zoals die opgenomen zijn in de wetgeving van de lidstaten die wel reeds regels hebben opgenomen over grensoverschrijdende splitsing, namelijk: Luxemburg, Denemarken en Finland. Tevens zal ik stilstaan bij opvattingen over grensoverschrijdende splitsing in het Duitse recht. In paragraaf 5.7. volgt een synthese, betreffende het conflictenrecht bij grensoverschrijdende splitsing.

5.2 De vraag naar het toepasselijk recht op een grensoverschrijdende splitsing als onderdeel van het internationaal privaatrecht

De behandeling van ipr-kwesties betreffende grensoverschrijdende splitsing valt uiteen in twee gedeelten. Het eerste gedeelte betreft het internrechtelijke gedeelte, dat de vraag naar de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende splitsing behelst, bepaald aan de hand van het nationale recht dat van toepassing is op een rechtspersoon, de *lex societatis*. De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing heb ik voor het Nederlandse recht positief beantwoord in Hoofdstuk 4. Het tweede gedeelte betreft het conflictenrechtelijk gedeelte, dat de vraag naar het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht betreft.⁵

Het recht betreffende de Europese Unie bevat geen conflictregels over het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht en ook een verdrag, waarin conflictregels zijn opgenomen, ontbreekt. In het Sevic-arrest en in de later verschenen Nederlandse rechtspraak⁶ en in het Vale-arrest is de vraag naar het toepasselijke recht op een grensoverschrijdende fusie – en ook de vraag naar het toepasselijke recht op een grensoverschrijdende splitsing – niet aan bod gekomen. Het Nederlandse recht bevat (nog) geen geschreven conflictregels voor grensoverschrijdende splitsing. Aan de hand van verschillende methoden zal bepaald moeten worden hoe het – ongeschreven – conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende splitsing er thans uit zal moeten zien.

4 Sinds eind 2012 staat het onderwerp grensoverschrijdende splitsing op de agenda van de Europese Commissie. Zie hierover: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzame ondernemingen, Straatsburg 12.12.2012, COM (2012) 740 final.

5 Zie Roelofs 2009, p. 276 ten aanzien van grensoverschrijdende juridische splitsing en ten aanzien van grensoverschrijdende fusie: Van Solinge 1994, p. 161.

6 Rb. Amsterdam 29 januari 2007, JOR 2007/88.

5.3 Wijzen van aanknopng bij rechtsstelsels

In het conflictenrecht kunnen in het algemeen drie wijzen van aanknopng bij rechtsstelsels worden onderscheiden: (i) enkele aanknopng, (ii) cumulatieve aanknopng en (iii) gedifferentieerd cumulatieve of distributieve aanknopng. Deze wijzen van aanknopng kunnen in theorie toepasbaar zijn bij iedere rechtshandeling waarvoor geen geschreven conflictenrecht geldt, dan wel deel uitmaken van of de basis vormen voor geschreven conflictenrecht. Deze wijzen van aanknopng kunnen ter inspiratie gebruikt worden bij de formulering van conflictregels omtrent grensoverschrijdende splitsing.

5.3.1 Enkele aanknopng

Bij de enkele aanknopng – ook wel ‘enkelvoudige aanknopngsfactor’ genoemd – bestaat de aanknopngsfactor slechts uit één aanknopngspunt. Strikwerda noemt als voorbeeld van enkele aanknopng de conflictregel betreffende zakelijke rechten op onroerend goed.⁷ De plaats waar het onroerend goed is gelegen, bepaalt in dat geval de aanknopngsfactor. De *lex rei sitae*, de wet van de staat waar het onroerend goed is gelegen, is bepalend.

5.3.2 Cumulatieve aanknopng

Bij cumulatieve aanknopng – ook wel ‘samengestelde aanknopngsfactor’ genoemd – bestaat de aanknopngsfactor uit twee of meer aanknopngspunten. Dat betekent dat op een rechtshandeling krachtens het conflictenrecht het recht van meerdere staten van toepassing is. Cumulatieve aanknopng heeft als nadeel dat rechtsregels van het recht van twee of meerdere staten met elkaar kunnen botsen, dan wel voor bepaalde deelgebieden van een rechtshandeling regels ontbreken, omdat rechtsregels van verschillende staten over en weer naar elkaar verwijzen. In dat laatste geval blijft een bepaald ‘deelgebied’ van een rechtshandeling ongeregeld.

5.3.3 Gedifferentieerd cumulatieve of distributieve aanknopng

Een gedifferentieerde cumulatieve aanknopngsfactor – ook wel distributieve aanknopngsfactor genoemd – schrijft voor dat het toepasselijke recht van meerdere staten op een rechtshandeling wordt toegepast, maar dat een onderscheid – differentiatie – moet worden gemaakt naar onderdelen van een rechtshandeling. Op die manier kan op een bepaald onderdeel van een rechtshandeling het recht van twee of meer staten cumulatief worden toegepast, op een ander onderdeel het recht van slechts één staat en op weer een ander onderdeel het recht van een andere staat. Een voorbeeld van de gedifferentieerd cumulatieve aanknopng is de aanknopng bij

⁷ Strikwerda 2012, p. 31.

grensoverschrijdende fusie op basis van de Tiende richtlijn. Bij grensoverschrijdende fusie op basis van de Tiende richtlijn is op bepaalde onderdelen van de procedure tot grensoverschrijdende fusie zowel het recht van de staat dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(pen) van toepassing, als het recht van de staat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap – zoals wat betreft de opstelling van het gemeenschappelijk voorstel tot grensoverschrijdende fusie – en voor sommige onderdelen is alleen het recht van hetzij de verdwijnende vennootschap(pen), hetzij de verkrijgende vennootschap van toepassing – zoals wat betreft het van kracht worden van een grensoverschrijdende fusie .

5.4 Het conflictenrecht bij grensoverschrijdende fusie

5.4.1 Inleiding

Reeds lang voordat wettelijke regelingen omtrent grensoverschrijdende fusie tot stand kwamen in de vorm van de SE-Verordening, de SCE-Verordening en de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie en de implementatiewetgevingen in de lidstaten van de EU, werd in de doctrine nagedacht over het conflictenrecht bij grensoverschrijdende fusie. In de doctrine, zoals die bestond voordat de hiervoor genoemde regelingen in werking traden, werden drie aanknopingen onderscheiden: (i) aanknopung bij het recht van de staat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, (ii) aanknopung bij het recht van de staat dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(pen) en (iii) aanknopung bij zowel het recht van de staat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap als het recht van de staat dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(pen).

Zoals hierna zal blijken, wijst de literatuur betreffende het conflictenrecht bij grensoverschrijdende fusie vooral in de richting van aanknopung bij zowel het recht van de staat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap als het recht van de staat dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(pen). In mijn zoektocht in de literatuur heb ik slechts één andersluidende mening gevonden ten faveure van enkele aanknopung. Portengen en Steffens gaan uit van alleen toepassing van het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(pen) bij grensoverschrijdende fusie.⁸ Volgens hen wordt een grensoverschrijdende fusie naar Nederlands ipr beheerst door het incorporatierecht van de verdwijnende vennootschap, omdat (i) het ophouden te bestaan van de verdwijnende vennootschap kan worden aangemerkt als een ‘beëindiging van het bestaan van een corporatie’ in de zin van artikel 10:119 sub f BW (voorheen: artikel 3 sub f Wet conflictenrecht corporaties) en (ii) er in beginsel niets aan in de weg staat voor een vennootschap het vermogen van een naar een ander recht opgerichte vennootschap onder en in overeenstemming met dat andere recht te verkrijgen. Portengen en Steffens maken

⁸ Portengen en Steffens 2004, p. 566 – 572.

hierbij een vergelijking met een overdracht van aandelen op naam die naar Nederlands internationaal privaatrecht eveneens wordt beheerst door het incorporatierecht – de *lex societatis* – van de vennootschap die de aandelen heeft uitgegeven. Hoe aantrekkelijk de eenvoud van de door Portengen en Steffens beschreven enkele aanknopng bij het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap (pen) ook moge zijn, mijn inziens behelst een grensoverschrijdende fusie meer dan alleen ‘het ophouden te bestaan’ van de verdwijnende vennootschap(pen). Andere essentiële elementen van grensoverschrijdende fusie zijn bijvoorbeeld (i) de overgang onder algemene titel, (ii) de ruil van aandelen en (iii) bij oprichting van een nieuwe verkrijgende vennootschap, de oprichting van die nieuwe vennootschap. Die elementen kunnen mijn inziens niet zonder meer alleen worden beheerst door het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(pen).

5.4.2 Het conflictenrecht geformuleerd door Beitzke

De Duitse hoogleraar Günther Beitzke heeft reeds in 1966, op het moment dat van harmonisatie van het Europese vennootschapsrecht nog geen sprake was en het – overigens nooit in werking getreden – Verdrag betreffende grensoverschrijdende fusie⁹ nog niet was gepubliceerd, een aantal conflictregels geformuleerd voor grensoverschrijdende fusie.¹⁰ Beitzke nam als uitgangspunt bij de formulering van conflictregels voor grensoverschrijdende fusie dat het bestaan van *verschillen* in de rechtsstelsels van de staten die van toepassing zijn op de fuserende vennootschappen geen belemmering zou moeten zijn voor de uitvoering van een grensoverschrijdende fusie.

Beitzke schetste drie mogelijkheden voor de overbrugging van verschillen in de wetgevingen van staten waarvan het recht van toepassing is op grensoverschrijdend fuserende vennootschappen.

In de eerste plaats zouden volgens hem conflictregels geformuleerd kunnen worden, welke regels het recht dat op een grensoverschrijdende fusie van toepassing is aanwijzen. Van een conflict tussen rechtsregels, een ongewenste cumulatie van rechtsregels of een ‘leemte’ in rechtsregels, omdat een bepaald onderdeel van grensoverschrijdende fusie niet wordt geregeld, is dan geen of zo min mogelijk sprake. In de tweede plaats kunnen volgens Beitzke regels van materieel recht soelaas bieden: regels die specifiek zijn ontworpen voor grensoverschrijdende fusie. In de derde plaats zouden volgens Beitzke geharmoniseerde regels een oplossing kunnen zijn ter overbrugging van de verschillen in wetgeving.

Beitzke stond in 1966 een conflictenrechtelijke benadering voor en toonde zich geen voorstander van materiële regels of geharmoniseerde regels voor grensoverschrijdende fusie. Zijn standpunt was, gegeven de stand van het gemeenschapsrecht in de jaren zestig van de vorige eeuw, niet vreemd, omdat harmonisatie van het recht

9 Bulletin EG, Supplement 13/73.

10 Beitzke 1966, p. 15 e.v.

van de lidstaten van de toenmalige Europese Economische Gemeenschap nog in de kinderschoenen stond en zelfs de Eerste richtlijn¹¹ nog niet in werking was getreden.

Beitzke kwalificeerde het onderwerp ‘fusie’ als een onderwerp dat wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op een vennootschap, omdat fusie samenhangt met het bestaan van de vennootschap, net als oprichting en ontbinding. Conflictenrechtelijk gezien moet voor grensoverschrijdende fusie volgens Beitzke worden verwezen naar het recht van de staten dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschappen. Beitzke heeft bekeken welke conflictregel voor grensoverschrijdende fusie het meest gepast is.

Wat betreft een enkele aanknopng, kan de conflictregel verwijzen naar hetzij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende of het recht dat van toepassing zal zijn op de in het kader van de grensoverschrijdende fusie nieuw opgerichte vennootschap, hetzij het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap. Aanknopng bij alleen het recht dat van toepassing is op de verkrijgende of nieuw opgerichte vennootschap – door Beitzke aangeduid als ‘*Aufnahmetheorie*’ – zou betekenen dat de ontbinding van de verdwijnende vennootschap in het kader van de fusie wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap. Beitzke is van mening dat het in strijd is met algemene principes van het internationale vennootschapsrecht wanneer de ontbinding van de verdwijnende vennootschap zou worden beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap. Aanknopng bij alleen het recht van de verdwijnende vennootschap – door Beitzke aangeduid als ‘*Übertragungstheorie*’ – zou echter leiden tot het buiten beschouwing blijven van het recht van de verkrijgende vennootschap en de bij de verkrijgende vennootschap betrokken belanghebbenden.

Beitzke zag meer in een cumulatieve toepassing van zowel het recht dat van toepassing is op de verkrijgende of nieuw opgerichte vennootschap als het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap als oplossing voor de hiervoor beschreven bezwaren tegen de *Aufnahmetheorie* en de *Übertragungstheorie*. In deze leer, die hij aanduidde als ‘*Vereinigungstheorie*’, cumuleert hij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende of nieuw opgerichte vennootschap met het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap.

Beitzke erkent dat bij deze cumulatieve toepassing in sommige gevallen regels van beide toepasselijke rechtsstelsels ongewenst kunnen cumuleren – zogenoemde ‘*Normenhäufungen*’ – en in andere gevallen regels kunnen ontbreken – zogenoemde ‘*Regelungslücken*’.¹² Beitzke ziet als oplossing hiervoor een ‘gedifferentieerde cumulatieve aanknopng’. Beitzke onderscheidde – differentieerde – twee fasen in het fusieproces: (i) de voorwaarden voor grensoverschrijdende fusie en (ii) de

11 Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Publicatieblad Nr. L 065 van 14/03/1968, p. 8 – 12.

12 Hachenburg 1990, Rn. 175.

gevolgen van grensoverschrijdende fusie. In latere, na 1966 verschenen literatuur van Beitzke, werd daarnaast als extra fase in het fusieproces de *procedure* tot grensoverschrijdende fusie onderscheiden. Volgens Beitzke moeten bij de gedifferentieerde cumulatieve toepassing per deelgebied conflictregels voor het op een grensoverschrijdende fusie toepasselijke recht geformuleerd worden.

5.4.2.1 Voorwaarden voor grensoverschrijdende fusie

Beitzke betrok de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie bij de vraag naar het op een grensoverschrijdende fusie toepasselijke recht. De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie kon volgens Beitzke alleen gevonden worden in het op een vennootschap toepasselijke recht, de *lex societatis*. De cumulatie van beide rechtsstelsels is hierin gelegen dat de toelaatbaarheidsvraag krachtens beide rechtsstelsels positief beantwoord moet worden om een grensoverschrijdende fusie te effectueren. De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie moet, zoals in hoofdstuk 4 uiteengezet, naar mijn mening in ieder geval positief beantwoord worden wanneer (i) een wettelijke regeling bestaat voor grensoverschrijdende fusie, waaruit ondubbelzinnig blijkt dat grensoverschrijdende fusie van de rechtsvormen die onder de reikwijdte van de regeling vallen mogelijk is, dan wel (ii) een andere basis voor grensoverschrijdende fusie bestaat, zoals de vrijheid van vestiging zoals thans neergelegd in artikel 49 en 54 VwEU.

5.4.2.2 Procedure tot grensoverschrijdende fusie

Wat betreft de procedure tot grensoverschrijdende fusie is de cumulatie van rechtsstelsels hierin gelegen dat deze wordt beheerst door het op iedere vennootschap toepasselijke recht. Dat heeft tot gevolg dat op de procedure tot grensoverschrijdende fusie zowel het recht van de verkrijgende vennootschap van toepassing is als het recht van de of alle verdwijnende vennootschap(en). Beitzke beschrijft dat, zolang de procedure zich binnen elke vennootschap geïsoleerd van de andere fuserende vennootschappen afspeelt, voor iedere vennootschap de eigen fusieregels worden toegepast.¹³ Dat houdt volgens hem bijvoorbeeld in dat (i) de inhoud van het voorstel tot fusie, (ii) de besluitvorming tot fusie, (iii) eventuele vereiste toestemmingen van derden, zoals overheden of toezichthouders, (iv) verslaggeving door bestuur en/of deskundigen en (v) de inschrijving en publicatie worden geregeerd door het op iedere vennootschap toepasselijke recht.

Beitzke erkent dat door een cumulatie van regels problemen kunnen ontstaan, bijvoorbeeld omdat het ene vennootschapsstatuut een regel voorschrijft die zich gedeeltelijk afspeelt binnen het bereik van het andere vennootschapsstatuut dat een soortgelijke regel niet kent. Naar mijn mening is een voorbeeld hiervan de bescherming van crediteuren krachtens het recht dat van toepassing is op de

¹³ Beitzke 1966, p. 21.

verdwijnde vennootschap, waarbij de crediteuren krachtens dat recht waarborgen kunnen krijgen ten laste van de verkrijgende vennootschap. Kent het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap niet zo een regel van crediteurenbescherming of kent dat recht alleen crediteurenbescherming waarbij waarborgen kunnen worden verleend ten laste van de verdwijnde vennootschap, dan kan een dergelijk probleem ontstaan. Volgens Beitzke kan dit probleem opgelost worden door toepassing van overeenkomstige regels van dat andere vennootschapsstatuut, hetgeen hij aanduidt met de term '*Anpassung durch Substitution*'. Daar waar de vennootschapsstatuten in elkaar grijpen en het ene vennootschapsstatuut een strengere voorschrift kent dan het andere vennootschapsstatuut, zou volgens Beitzke het strengste voorschrift moeten worden toegepast.

Beitzke gaat niet in op het geval dat een gedeelte van de procedure tot fusie ongeregeld blijft, bijvoorbeeld omdat (i) de rechtsstelsels over en weer naar elkaar verwijzen of (ii) een gedeelte van de procedure tot fusie ongeregeld blijft, omdat het ene rechtsstelsel verwijst naar het andere rechtsstelsel en het andere rechtsstelsel in het geheel geen regels bevat omtrent het betreffende onderwerp – er is dan sprake van een '*Regelungslücke*'. Naar mijn mening is een theoretisch voorbeeld hiervan wanneer het recht dat van toepassing is op de verdwijnde vennootschap voorschrijft dat een eventuele schadeloosstelling voor minderheidsaandeelhouders voor het verlies van hun aandelen ten gevolge van de grensoverschrijdende fusie ten laste komt van de verkrijgende vennootschap, terwijl het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap voorschrijft dat deze schadeloosstelling ten laste komt van de verdwijnde vennootschap. In dat geval zal naar mijn mening naar een passende oplossing moeten worden gezocht, welke wordt gevonden door toepassing van het leerstuk van substitutie – '*Anpassung durch Substitution*'. Dit houdt in dat bepaalde regels van het ene toepasselijke recht worden toegepast in de werkingsfeer van het andere toepasselijke recht.¹⁴ In het geval van het hiervoor gegeven voorbeeld zou dit betekenen dat de schadeloosstelling toch ten laste komt van de verkrijgende vennootschap (in dit geval wordt het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap aangepast en gesubstitueerd door het recht dat van toepassing is op de verdwijnde vennootschap), dan wel dat de schadeloosstelling toch ten laste komt van de verdwijnde vennootschap (in dat geval wordt het recht dat van toepassing is op de verdwijnde vennootschap aangepast en gesubstitueerd door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap).

5.4.2.3 Gevolgen van grensoverschrijdende fusie

Wat betreft de gevolgen van een fusie, zoals het zijn van aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap na het van kracht worden van de fusie, merkte Beitzke

¹⁴ In hoofdstuk 7 zal per onderdeel van grensoverschrijdende splitsing beschreven worden hoe substitutie een oplossing kan bieden.

op dat deze volledig worden beheerst door het recht van de verkrijgende vennootschap, omdat de verdwijnende vennootschap na de fusie niet meer bestaat.

Beitzke vroeg zich af of de betrokken belanghebbenden, zoals (minderheids) aandeelhouders, crediteuren en werknemers in het kader van een grensoverschrijdende fusie verdergaande bescherming behoeven dan bij een nationale fusie. Het is naar mijn mening opmerkelijk dat hij de bescherming van deze belanghebbenden schaaft onder de gevolgen van een grensoverschrijdende fusie, omdat de bescherming van belanghebbende ook kan plaatsvinden *voorafgaande* aan het van kracht worden van een grensoverschrijdende fusie en niet noodzakelijkerwijs *na* het van kracht worden van een grensoverschrijdende fusie.

Wat betreft de bescherming van de belanghebbenden – die door Beitzke wordt geschaard onder de ‘gevolgen’ van grensoverschrijdende fusie, maar naar mijn mening beter kan worden geschaard onder de procedure tot fusie – kiest hij voor een cumulatie van de vennootschapsstatuten en geeft daarnaast enkele ‘*materiellrechtelijke Sondervorschriften*’ (regels van materieel recht), ter bescherming van de belangen van de hiervoor genoemde belanghebbenden.

Wat betreft de vermogensovergang onder algemene titel, merkt Beitzke op dat deze alleen kan plaatsvinden als deze vermogensovergang onder algemene titel bekend is in de rechtsstelsels die van toepassing zijn op de bij de fusie betrokken vennootschappen.¹⁵ De bescherming van schuldeisers moet volgens Beitzke geregeerd worden door het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap, welke vennootschap debiteur is. De belangen van de schuldeisers van deze vennootschap moeten naar de mening van Beitzke beschermd worden, omdat het vermogen, waarop zij verhaal kunnen zoeken, in het kader van een grensoverschrijdende fusie overgaat. De *lex societatis* van de verdwijnende vennootschap moet in dit geval met voorrang toegepast worden boven de *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap. Daar waar de bescherming van schuldeisers in het recht van de verkrijgende vennootschap afwijkt van die in het recht van de verdwijnende vennootschap, moet volgens Beitzke zo veel mogelijk materieel gezien uitvoering worden gegeven aan de beschermingsregels van het recht van de verdwijnende vennootschap – ‘*Anpassung durch Substitution*’. Toepassing van beschermingsregels van het recht van de verdwijnende vennootschap is volgens Beitzke niet noodzakelijk indien op het betreffende terrein – in dit geval op het terrein van bescherming van schuldeisers – geharmoniseerde regels van gemeenschaps- of unierecht zouden bestaan.

5.4.3 Het conflictenrecht in de Tiende richtlijn

De gedifferentieerde cumulatieve toepassing van de vennootschapsstatuten van de bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschappen is neergelegd in de

¹⁵ Beitzke 1966, p. 31.

Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie.¹⁶ Dat blijkt uit de overwegingen uit de considerans van de Tiende richtlijn en de redactie van de afzonderlijke artikelen van de Tiende richtlijn zelf.

De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende fusie van de in de Tiende richtlijn beschreven rechtsvormen wordt positief beantwoord door het bestaan van de Tiende richtlijn en uit overweging 2 van de considerans van de Tiende richtlijn. In die overweging is opgenomen dat ‘de wetgevingen van de lidstaten grensoverschrijdende fusie van een nationale kapitaalvennootschap met een kapitaalvennootschap uit een andere lidstaat mogelijk moet maken indien fusies tussen dergelijke vennootschappen op grond van nationale wetgeving van de betrokken lidstaten zijn toegestaan.’

De cumulatieve toepassing van de vennootschapsstatuten van de bij de fusie betrokken vennootschappen blijkt uit overweging 3 van de considerans van de Tiende richtlijn. In die overweging is beschreven dat in principe voor elke vennootschap die aan de grensoverschrijdende fusie deelneemt en voor elke belanghebbende derde de bepalingen en formaliteiten van het nationale recht gelden die bij een nationale fusie van toepassing zouden zijn, tenzij in de Tiende richtlijn anders is bepaald. Met de uitzondering ‘tenzij in de Tiende richtlijn anders is bepaald’ is bedoeld dat het nationale recht zoals dat bij een nationale fusie geldt, niet toegepast dient te worden indien speciale regels gelden voor grensoverschrijdende fusie, die zijn opgenomen in de nationale wetgeving ter implementatie van de Tiende richtlijn. Het gaat dan om regels van materieel recht betreffende grensoverschrijdende fusie, die specifiek zijn opgenomen in de nationale wetgeving van een lidstaat ter implementatie van de Tiende richtlijn. Deze specifiek voor grensoverschrijdende fusie ontworpen regels prevaleren boven de regels voor nationale fusie.

De cumulatieve toepassing van de vennootschapsstatuten van de bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschappen blijkt ook uit artikel 4 Tiende richtlijn. In artikel 4 lid 1 sub b Tiende richtlijn is bepaald dat een vennootschap die aan een grensoverschrijdende fusie deelneemt, moet voldoen aan de bepalingen en formaliteiten van de op haar toepasselijke nationale wetgeving. Dat betekent dat een vennootschap die partij is bij een grensoverschrijdende fusie het op die vennootschap toepasselijke nationale recht toepast, hetgeen bestaat uit enerzijds regels betreffende nationale fusie en anderzijds regels betreffende grensoverschrijdende fusie, die zijn opgenomen ter implementatie van de Tiende richtlijn. De cumulatieve toepassing is nog nader gepreciseerd in artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn. In dat artikellid is bepaald dat de bepalingen en formaliteiten van nationaal recht in het bijzonder betrekking hebben op (i) het besluitvormingsproces in verband met de fusie en, rekening houdend met het grensoverschrijdend karakter van de fusie, op (ii) de bescherming van schuldeisers van de fuserende vennootschappen, obligatiehouders en houders van effecten of aandelen, alsmede van de werknemers met

16 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, PB L 310 van 25.11.2005, p. 1 – 9.

betrekking tot rechten, anders dan rechten voortvloeiend uit vennootschapsrechtelijke medezeggenschap.¹⁷

Hoewel cumulatieve toepassing van de vennootschapsstatuten de basis is voor grensoverschrijdende fusie, kan deze cumulatieve toepassing niet in alle gevallen voor een bevredigende oplossing zorgen. Beitzke had dat ook al gesignaleerd. Vanwege het grensoverschrijdende karakter van een grensoverschrijdende fusie kunnen bij een cumulatieve toepassing van de vennootschapsstatuten ofwel (i) ongewenste cumulaties optreden, dan wel (ii) op bepaalde terreinen 'leemten' ontstaan, omdat ten gevolge van een cumulatie de vennootschapsstatuten ofwel over en weer naar elkaar verwijzen, dan wel de vennootschapsstatuten in algemene zin verwijzen naar of betrekking hebben op 'de fuserende vennootschappen' en geadresseerd zijn aan de verkrijgende of verdwijnende vennootschap in het algemeen en niet aan een verkrijgende of verdwijnende vennootschap beheerst door het recht van de eigen staat of het recht van een andere staat in het bijzonder.¹⁸ Op die manier kan een bepaald deelgebied van de grensoverschrijdende fusie ongeregeld blijven.

Ter oplossing van ongewenste cumulaties en leemten, kunnen, zoals Beitzke al constateerde, twee methoden gehanteerd worden: (i) het formuleren van conflictregels, dan wel (ii) het formuleren van materiële regels betreffende grensoverschrijdende fusie. Bij beide methoden ontstaat duidelijkheid over de toe te passen regels op een (bepaald gedeelte van) een grensoverschrijdende fusie. Bij conflictregels bestaat die duidelijkheid uit het toepassen van één van de betrokken vennootschapsstatuten – i.e. het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, dan wel het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap –, bij materiële regels bestaat die duidelijkheid uit toepassing van die betreffende materiële regel.

In de Tiende richtlijn zijn zowel conflictregels als regels van materieel recht opgenomen. De conflictregels zijn bijvoorbeeld opgenomen voor de onderwerpen: (i) de openbaarmaking (artikel 6 Tiende richtlijn), (ii) het verslag van onafhankelijke deskundigen (artikel 8 Tiende richtlijn), (iii) de goedkeuring van de grensoverschrijdende fusie door de algemene vergadering – indien vereist – (artikel 9 Tiende richtlijn), (iv) het pre-fusie-attest en de toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie (artikel 10 en 11 Tiende richtlijn), (v) het van kracht worden van een grensoverschrijdende fusie (artikel 12 Tiende richtlijn) en (vi) de bekendmaking van de grensoverschrijdende fusie (artikel 13 Tiende richtlijn).

Regels van materieel recht zijn bijvoorbeeld opgenomen voor de onderwerpen: (i) de inhoud van het voorstel tot fusie en het verslag van het leidinggevend of bestuursorgaan (artikel 5 en 7 Tiende richtlijn), (ii) de inhoud van het pre-fusie attest

17 Vennootschapsrechtelijke medezeggenschap is de invloed van de ondernemingsraad of van de werknemersvertegenwoordigers op de gang van zaken bij een vennootschap door het recht een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen, of het recht om met betrekking tot de benoeming van een aantal of alle leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap aanbevelingen te doen of bezwaar te maken.

18 Van Eck en Roelofs 2011, p. 17.

(artikel 10 Tiende richtlijn), (iii) de rechtsgevolgen van grensoverschrijdende fusie en vereenvoudigde formaliteiten (artikel 14 en 16 Tiende richtlijn), (iv) de regeling omtrent behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap (artikel 16 Tiende richtlijn) en (v) de uitsluiting van nulliteiten (artikel 17 Tiende richtlijn).

5.4.4 *Het conflictenrecht in de SE-Verordening*

Cumulatieve toepassing van de vennootschapsstatuten van de grensoverschrijdend fuserende vennootschappen is ook de basis voor de grensoverschrijdende fusie waarbij een *Societas Europaea* (SE) wordt gevormd. Het bijzondere bij een grensoverschrijdende fusie waarbij een SE wordt gevormd is dat de SE-Verordening¹⁹ zelf regels geeft voor grensoverschrijdende fusie en daarnaast het recht van de lidstaten dat van toepassing is op de fuserende vennootschappen van toepassing verklaart op de grensoverschrijdende fusie.

De SE-Verordening heeft een gelaagde structuur, die blijkt uit artikel 9, 10 en 18 SE-Verordening. Op basis van artikel 18 SE-Verordening gelden voor een grensoverschrijdende fusie waarbij een SE wordt gevormd, naast de bepalingen van de SE-Verordening, ook de bepalingen van het nationale recht van de lidstaat waar de fuserende vennootschap haar statutaire zetel heeft, welke bepalingen zijn opgenomen ter implementatie van de Derde richtlijn voor de fusie van naamloze vennootschappen.²⁰

Ten gevolge van deze bepalingen van de SE-Verordening, worden op een grensoverschrijdende fusie waarbij een SE wordt gevormd de volgende bepalingen in de hierna beschreven volgorde toegepast:²¹

1. De bepalingen van de SE-Verordening, welke kunnen worden onderverdeeld in:
 - 1.1 De regels van de SE-Verordening zelf;
 - 1.2 De regels van de statuten van de SE, in de gevallen waarin dit uitdrukkelijk is toegestaan in de SE-Verordening;
 - 1.3 De regels van nationaal recht van de lidstaten, welke zijn opgenomen ter invoering van de SE-Verordening (zoals in Nederland de SE-Uitvoeringswet);
 - 1.4 De regels van nationaal recht van de lidstaten welke een implementatie zijn van de SE-Richtlijn;²²

19 Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), PB L 294 van 10.11.2001, p. 1 – 21.

20 Derde richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen, Publicatieblad Nr. L 295 van 20/10/1978 p. 36 – 43, thans: Richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen, Pb EU L. 110/1 van 29.4.2011, p. 1 – 11.

21 Van Eck en Roelofs 2011, p. 19.

22 Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, Publicatieblad Nr. L 294 van 10/11/2001 p. 22 – 32.

2. De regels van nationaal recht van de lidstaten, die gebaseerd zijn op de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie;²³
3. De regels van nationaal recht van de lidstaten, die gebaseerd zijn op de Derde richtlijn betreffende nationale fusie (thans: Richtlijn 2011/35/EU);
4. De regels van nationaal recht, die al dan niet gebaseerd zijn op andere richtlijnen, zoals bijvoorbeeld de Tweede richtlijn.²⁴

5.4.5 Het conflictenrecht in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU

Het Hof van Justitie van de EG/EU heeft tot op heden geen duidelijkheid gegeven over het op een grensoverschrijdende fusie toepasselijke recht, noch over het recht dat van toepassing is op grensoverschrijdende splitsing. Ook in het Sevic-arrest²⁵ deed het Hof van Justitie van de EG geen uitspraken over het op een grensoverschrijdende fusie toepasselijke recht. In het Cartesio-arrest²⁶ deed het Hof van Justitie van de EG dat evenmin.

Dat het Hof van Justitie van de EG/EU nooit eerder uitlatingen heeft gedaan over het recht dat van toepassing is op grensoverschrijdende fusie, is logisch, omdat het Hof van Justitie van de EG/EU alleen kan oordelen over prejudiciële vragen betreffende de verenigbaarheid van bepalingen van nationaal recht met het gemeenschapsrecht en – thans – unierecht (artikel 267 VwEU).

In het Vale-arrest²⁷ heeft het Hof van Justitie van de EU zich wel enigszins uitgelaten over het toepasselijke recht op een rechtshandeling, namelijk de rechtshandeling van grensoverschrijdende omzetting, omdat de door de verwijzende rechter gestelde prejudiciële vragen gingen over de verenigbaarheid van bepaalde

23 Anders: Van Veen 2012-II, p. 127. Van Veen meent dat de regels van nationaal recht van de lidstaten die voortvloeien uit de implementatie van de Tiende richtlijn niet gelden bij een grensoverschrijdende fusie waarbij een SE wordt gevormd. Hij beargumenteert dat met de stelling dat de SE-Verordening een strak stelsel bevat ter zake van de op de vorming van een SE van toepassing zijnde rechtsregels en de rangorde daarvan. Hij leidt dit met name af uit de verwijzing naar Richtlijn 1978/855/EEG (thans: Richtlijn 2011/35/EU) in artikel 18 SE-Verordening. Naar mijn mening is deze opvatting niet juist, omdat geen rekening wordt gehouden met het feit dat de Tiende richtlijn eerst na SE-Verordening van kracht is geworden. Om die reden zou artikel 18 SE-Verordening niet naar de letter moeten worden geïnterpreteerd maar naar de bedoeling van die bepaling, namelijk: het van toepassing verklaren van de bepalingen omtrent fusie – inclusief de bepalingen omtrent grensoverschrijdende fusie.

24 Tweede richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Publicatieblad Nr. L 026 van 31/01/1977 p. 1 – 13.

25 HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03 (Sevic), JOR 2006, 33.

26 HvJ EG 16 december 2008, Cartesio, Zaak C-210/06, Jurisprudentie 2008, p. I-09641.

27 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: LegfelsöbB Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60.

bepalingen van Hongaars recht die de procedure tot omzetting betroffen met het unierecht. De prejudiciële vragen in het Vale-arrest gingen over de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een door Italiaans recht beheerste vennootschap naar Hongarije. Bij deze zetelverplaatsing wilde de door Italiaans recht beheerste vennootschap, Vale Costruzioni Srl (hierna: Vale Costruzioni), haar *lex societatis* wijzigen van Italiaans recht in Hongaars recht en zich omzetten van een door Italiaans recht beheerste vennootschap in een door Hongaars recht beheerste vennootschap.

In de vierde prejudiciële vraag vroeg de verwijzende rechter of de inbound-lidstaat bij de beslissing tot inschrijving van de grensoverschrijdend omgezette vennootschap de nationale bepalingen betreffende omzetting van vennootschappen mocht toepassen en daarbij mocht verlangen dat de vennootschap die grensoverschrijdend is omgezet voldoet aan alle vereisten die worden gesteld voor nationale omzettingen krachtens het recht van de inbound-lidstaat. Bij de beantwoording van deze vraag merkte het Hof op dat, nu er nog geen regels zijn omtrent grensoverschrijdende omzetting op het niveau van de Europese Unie – zoals een richtlijn betreffende grensoverschrijdende zetelverplaatsing/grensoverschrijdende omzetting –, de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting slechts kunnen worden gevonden in het nationale recht van de outbound-lidstaat en het nationale recht van de inbound-lidstaat²⁸ en dat bij een grensoverschrijdende omzetting sprake is van een opeenvolgende toepassing van twee nationale rechtsstelsels.²⁹ De regels van nationaal recht zullen ook bij een grensoverschrijdende omzetting moeten worden toegepast, maar die toepassing zal bij een grensoverschrijdende omzetting wel de toets van de vrijheid van vestiging moeten doorstaan en voor zover die regels in strijd zijn met de vrijheid van vestiging buiten toepassing moeten blijven.³⁰

Uit dit antwoord van het Hof van Justitie van de EU op de prejudiciële vragen blijkt dat, in het geval van een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap, de nationale voorschriften betreffende – in dit geval – nationale omzetting cumulatief moeten worden toegepast bij een grensoverschrijdende omzetting.³¹ Nu heeft het Hof van Justitie van de EU uiteraard geen uitspraken gedaan over het recht dat van toepassing is op grensoverschrijdende fusie, noch over het recht dat van toepassing is op grensoverschrijdende splitsing, maar toch kan dit een belangrijke aanwijzing zijn voor het recht dat van toepassing is op grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn vallen en grensoverschrijdende splitsing.

28 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 43.

29 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 37, 44.

30 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 45.

31 Roelofs 2012-V, p. 796.

Daarnaast heeft het Hof van Justitie van de EU in het Vale-arrest bevestigd hetgeen het eerder heeft geoordeeld in het Cartesio-arrest en het Daily-Mail-arrest³² ten aanzien van de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel. Het Hof van Justitie van de EU memoreerde dat de leer van de werkelijke zetel en de incorporatieleer binnen de Europese Unie op gelijke voet staan.³³ Een lidstaat mag zowel de aanknopng (op basis van de statutaire zetel, op basis van het hoofdbestuur of op basis van beide) voorschrijven voor een vennootschap zodat deze kan worden geacht te zijn *opgericht* naar het recht van een lidstaat, als de aanknopng die vereist is om die hoedanigheid naderhand te kunnen *handhaven*.³⁴ Toepassing bij een grensoverschrijdende fusie – en naar mijn mening geldt dat mutatis mutandis ten aanzien van grensoverschrijdende splitsing – van hetzij alleen het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, hetzij alleen het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap zou leiden tot een interferentie in het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap respectievelijk de verkrijgende vennootschap, welke interferentie niet in overeenstemming is met dit beginsel van EU-recht. Een cumulatieve aanknopng bij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap voor aangelegenheden die de verkrijgende vennootschap betreffen en bij het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap voor aangelegenheden die de verdwijnende vennootschap betreffen, leidt niet of zo min mogelijk tot zo een interferentie.

5.4.6 *Het conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende fusie in de Nederlandse doctrine*

Van Solinge heeft in 1994 in zijn dissertatie over grensoverschrijdende fusie uiteengezet dat cumulatieve toepassing van het op de bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschappen toepasselijke recht naar zijn mening de juiste weg is tot effectuering van een grensoverschrijdende fusie.³⁵ Van Solinge heeft dit nog eens herhaald in 2002 door te stellen dat bij een grensoverschrijdende fusie elke bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschap het eigen fusierecht volgt.³⁶ Ook Vlas acht een cumulatief stelsel, waarbij zowel de bepalingen van het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap als de bepalingen van het recht

32 HvJ EG 27 september 1988, The Queen tegen H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc., Zaak 81/87, Jurisprudentie 1988 p. 05483, r.o. 23.

33 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsóbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 28 en Roelofs 2012-V, p. 795.

34 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsóbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, p. 00000, RO 2012/60, r.o. 29 en HvJ EG 16 december 2008, Cartesio, Zaak C-210/06, Jurisprudentie 2008, p. I-09641, r.o. 110.

35 Van Solinge 1994, p. 203, 204.

36 Van Solinge 2003, p. 36.

dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap in acht worden genomen, op zijn plaats.³⁷

Ook Zilinsky komt tot de conclusie dat cumulatieve toepassing van het vennootschapsstatuut van de verkrijgende en de verdwijnende vennootschap bij een grensoverschrijdende fusie juist is.³⁸ Wanneer immers alleen het recht van de verkrijgende vennootschap wordt toegepast, wordt voorbij gegaan aan het feit dat het ‘vennootschapsrechtelijke leven’ en daarmee ook de ontbinding in het kader van een grensoverschrijdende fusie wordt beheerst door het recht van de verdwijnende vennootschap. Bij een cumulatieve toepassing, zo redeneert Zilinsky, worden aan de bij de fusie betrokken partijen de waarborgen op basis van het toepasselijke nationale recht geboden. Bij toepassing van bepalingen die zien op bescherming van belanghebbenden, zou het strengste voorschrift moeten prevaleren volgens hem. Bovendien verhoogt cumulatieve toepassing van de vennootschapsstatuten van de verkrijgende en de verdwijnende vennootschap(en) de kans dat de grensoverschrijdende fusie wordt erkend in andere, ‘derde’ staten, omdat alle voorschriften, zowel die van het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap als die van het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap, zijn nageleefd.

Van Boxel was anno 2011 van mening dat de vraag naar het op een grensoverschrijdende fusie toepasselijke recht niet anders behoeft te worden beantwoord dan door het merendeel van de schrijvers werd gedaan. De cumulatieve benadering is volgens hem ook vanuit *notarieel zorgvuldigheidsoogpunt* de juiste.³⁹ Door cumulatieve toepassing wordt volgens hem tevens voorkomen dat beschermende regels terzijde worden geschoven.

5.4.7 Het conflictenrecht bij grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn vallen

Het conflictenrecht bij grensoverschrijdende fusie is (gedeeltelijk) gecodificeerd door middel van (i) de Tiende richtlijn en de implementatiewetgevingen die daarop gebaseerd zijn wat betreft grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen en (ii) de SE-Verordening wat betreft de grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen waarbij een SE wordt gevormd. Dat neemt echter niet weg dat het conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende fusie van andere rechtsvormen dan kapitaalvennootschappen, de rechtsvormen die onder de reikwijdte van de SCE-Verordening grensoverschrijdend kunnen fuseren uitgezonderd, net als in veel andere lidstaten van de EU, niet gecodificeerd is in de Nederlandse wetgeving, noch geharmoniseerd is door middel van enige richtlijn op Europese grondslag. De

37 Vlas 2009-III, p. 220.

38 Zilinsky 2007, p. 684.

39 Van Boxel 2011, p. 76.

vraag naar de toelaatbaarheid van dergelijke fusies moet echter wel positief beantwoord worden aan de hand van het Sevic-arrest⁴⁰ en het Vale-arrest.

Nu geschreven conflictenrecht voor deze grensoverschrijdende fusies ontbreekt, zal moeten worden teruggevallen op ongeschreven conflictenrecht. Dat ongeschreven conflictenrecht kan bestaan uit het ongeschreven conflictenrecht, zoals dat reeds bestond voordat de Tiende richtlijn van kracht werd, dan wel het ongeschreven conflictenrecht zoals dat bestaat sinds de Tiende richtlijn van kracht is geworden, dan wel een combinatie van beiden. In de literatuur is opgemerkt dat voor grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn en de nationale wetgevingen ter implementatie van de Tiende richtlijn vallen, het ongeschreven conflictenrecht moet worden toegepast, waarbij het raadzaam kan zijn de bepalingen betreffende grensoverschrijdende fusie die een implementatie van de Tiende richtlijn zijn, overeenkomstig toe te passen.⁴¹ Het ongeschreven conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn en de nationale wetgevingen ter implementatie van de Tiende richtlijn vallen wordt daarmee ingekleurd en ingevuld door de regels van de Tiende richtlijn.

5.5 Het conflictenrecht bij grensoverschrijdende splitsing

Het conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende splitsing is niet gecodificeerd in wetgeving op nationaal (Nederlands) niveau en ook een richtlijn of andere regeling op Europese grondslag ontbreekt omtrent dit onderwerp. Het conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende splitsing moet derhalve – vooralsnog – gevonden worden in het ongeschreven recht. In het vervolg zal ik de verschillende aanknopingsmogelijkheden bij de bepaling van het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht behandelen en de mogelijke collisies en leemten bespreken die kunnen ontstaan bij toepassing van deze aanknopingsmogelijkheden. Ten slotte zal ik bekijken of het mogelijk is de conflictregels omtrent grensoverschrijdende fusie uit de Tiende richtlijn naar analogie toe te passen op grensoverschrijdende splitsing.

5.5.1 Toepassing van verschillende aanknopingsmogelijkheden

Net als bij grensoverschrijdende fusie, kunnen voor het toepasselijke recht op grensoverschrijdende splitsing verschillende aanknopingstheorieën toegepast worden. Mogelijke aanknopingspunten zijn hierbij: enkele aanknopingspunt, cumulatieve aanknopingspunt en gedifferentieerd cumulatieve of distributieve aanknopingspunt.

40 Van Eck en Roelofs 2008, p. 85. Zie tevens: Van Veen, 'GS Rechtspersonen', art. 2:333b BW, aant. 2.1.2. Anders: Storm 2009, p. 335, Van Boxel 2011, p. 69.

41 Van Eck en Roelofs 2008, p. 89.

5.5.1.1 Enkele aanknopng

Bij toepassing van de enkele aanknopng bij grensoverschrijdende splitsing, zou alleen het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap toegepast worden, dan wel alleen het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap of iedere verkrijgende vennootschap. De nadelen van enkele aanknopng bij grensoverschrijdende splitsing zijn gelijk aan die bij grensoverschrijdende fusie, namelijk dat geen rekening wordt gehouden met hetzij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap – bij toepassing van het recht van de verdwijnende vennootschap –, hetzij het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap – bij toepassing van het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap.

Bij toepassing van alleen het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, wordt bijvoorbeeld de vermogensovergang onder algemene titel geheel beheerst door het recht van de splitsende vennootschap en wordt voorbijgegaan aan de vraag of de verkrijgende vennootschap het (gehele) vermogen wel onder algemene titel kan verkrijgen. Indien een verkrijgende vennootschap in het kader van een grensoverschrijdende splitsing nieuw zou worden opgericht, zou deze oprichting, bij toepassing van alleen het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, niet plaatsvinden in overeenstemming met het recht van de staat dat van toepassing zal worden op de verkrijgende, nieuw opgerichte vennootschap, maar zou de oprichting plaatsvinden in overeenstemming met het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap. Met name dat laatste is iets wat tegenstrijdig is en niet strookt met algemene principes van het internationale vennootschapsrecht. Een vennootschap wordt immers beheerst door het recht waarnaar zij is opgericht en het recht dat van toepassing is op de vennootschap, beheerst tevens de oprichting. Dat principe is als onderdeel van het incorporatiestelsel in het Nederlandse recht neergelegd in artikel 10:119 BW.

Aan toepassing van alleen het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) zijn ook andere nadelen verbonden. Bij toepassing van alleen het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen), wordt bijvoorbeeld geen aandacht besteed aan de (on)mogelijkheid dat bepaalde vermogensbestanddelen wel of niet onder algemene titel kunnen overgaan van de splitsende vennootschap op een verkrijgende vennootschap. Daarnaast zou, bij toepassing van alleen het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen), voorbij worden gegaan aan de bescherming van de belangen van belanghebbenden van de splitsende vennootschap, zoals minderheidsaandeelhouders, schuldeisers en werknemers. Ten slotte zou, indien de splitsende vennootschap zou ophouden te bestaan, het ophouden te bestaan geheel worden beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) en niet door het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap. Ook dat strookt niet met algemene principes van het internationale vennootschapsrecht, omdat niet alleen de oprichting van een vennootschap wordt beheerst door het toepasselijke recht op een

vennootschap, maar ook de beëindiging van het bestaan van een vennootschap. Dat principe is als onderdeel van het incorporatiestelsel in het Nederlandse recht neergelegd in artikel 10:119 sub f BW.

5.5.1.2 Cumulatieve aanknopng

Cumulatieve aanknopng heeft tot gevolg dat op een grensoverschrijdende splitsing ten minste het recht van twee staten van toepassing is: enerzijds het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en anderzijds het recht dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap. Bij een cumulatieve aanknopng wordt tegemoet gekomen aan de bezwaren die bestaan bij de enkele aanknopng, namelijk dat hetzij geen rekening wordt gehouden met het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap – bij toepassing van het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap –, hetzij geen rekening wordt gehouden met het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap – bij toepassing van het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap.

Uiteraard zijn ook nadelen verbonden aan de cumulatieve aanknopng bij grensoverschrijdende splitsing. Deze zijn gelijk aan de nadelen verbonden aan cumulatieve aanknopng bij grensoverschrijdende fusie, zoals beschreven in paragraaf 5.3.2. Door de cumulatieve aanknopng kunnen voorschriften uit de betrokken vennootschapsstatuten, al dan niet ongewenst, cumuleren. Wanneer beide vennootschapsstatuten hetzelfde voorschrift bevatten, maar het ene vennootschapsstatuut een strengere eis voor een bepaald onderdeel van de procedure aanlegt dan het andere vennootschapsstatuut, kan als oplossing voor deze cumulatie eenvoudig het strengste voorschrift worden toegepast. Ik geef een voorbeeld, ontleend aan het proefschrift van Van Solinge. Wanneer krachtens het ene vennootschapsstatuut het gemeenschappelijke voorstel tot splitsing vormvrij kan worden opgemaakt en krachtens het andere vennootschapsstatuut daarvoor de vorm van een notariële akte is voorgeschreven, zal, bij toepassing van het strengste voorschrift, het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing in de vorm van een notariële akte moet worden verleden.⁴²

Bij cumulatie van de vennootschapsstatuten kan het ook voorkomen dat een bepaald onderdeel van de procedure tot grensoverschrijdende splitsing ongeregeld blijft, omdat de vennootschapsstatuten over en weer naar elkaar verwijzen. Er ontstaat dan een 'leemte'. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen op het terrein van crediteurenbescherming, net zoals bij crediteurenbescherming en grensoverschrijdende fusie.⁴³

42 Van Solinge 1994, p. 165.

43 Zie het voorbeeld in paragraaf 5.4.2.2.

5.5.1.3 Gedifferentieerd cumulatieve of distributieve aanknopng

Ter voorkoming van ongewenste cumulaties of leemten kan de gedifferentieerde cumulatieve aanknopingsfactor – ook wel distributieve aanknopingsfactor genoemd – gehanteerd worden, inhoudende dat voor onderdelen van de procedure tot of gevolgen van de grensoverschrijdende splitsing conflictregels worden geformuleerd of gecreëerd. Er is dan nog steeds sprake van een zekere cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en van het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen). Deze conflictregels kunnen bestaan uit aanwijzing van (i) het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap als het op dat onderdeel van de grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht, (ii) het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) als het op dat onderdeel van de grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht, dan wel (iii) zowel het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap als het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) als het op dat onderdeel van de grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht.

5.5.2 Analoge toepassing van regels uit de Tiende richtlijn op grensoverschrijdende splitsing

Zoals vermeld, bestaan tot op heden geen geschreven conflictregels omtrent grensoverschrijdende splitsing. Het formuleren van conflictregels omtrent grensoverschrijdende splitsing kan, zoals hiervoor weergegeven, lastig zijn. Toepassing van zowel de enkele aanknopng als de cumulatieve aanknopng heeft voor- en nadelen. De gedifferentieerde cumulatieve of distributieve aanknopng heeft die specifieke nadelen niet, zij het dat bij die methode conflictregels voor onderdelen van de grensoverschrijdende splitsing moeten worden geformuleerd, hetgeen minder eenvoudig is dan het van toepassing verklaren van hetzij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, hetzij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, hetzij beide.

Het ligt naar mijn mening voor de hand bij de formulering van deze conflictregels de conflictregels omtrent grensoverschrijdende fusie, zoals die zijn neergelegd in de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie en de nationale wetgevingen ter implementatie van de Tiende richtlijn ter inspiratie te gebruiken of daar bij aan te sluiten.⁴⁴ Dat hebben Van Eck en ik eerder al verdedigd ten aanzien van de conflictregels voor grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn vallen.⁴⁵

⁴⁴ Van Veen 2013-II, p. 47.

⁴⁵ Van Eck en Roelofs 2008, p. 89.

De analoge toepassing van de conflictregels omtrent grensoverschrijdende fusie op grensoverschrijdende splitsing of het gebruik van deze regels ter inspiratie bij het formuleren van deze conflictregels ligt om verschillende redenen voor de hand.

In de eerste plaats is splitsing en ook grensoverschrijdende splitsing, als economisch verschijnsel, de natuurlijke tegenhanger van fusie, respectievelijk grensoverschrijdende fusie.⁴⁶ De Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie is een logisch vervolg geweest op de Derde richtlijn betreffende nationale fusie (thans: Richtlijn 2011/35/EU). Bovendien is de Zesde richtlijn betreffende nationale splitsing geënt op de Derde richtlijn: vele bepalingen uit de Zesde richtlijn zijn spiegelbeeldig aan de bepalingen van de Derde richtlijn en de Zesde richtlijn bevat veel verwijzingen naar de Derde richtlijn.

Kwesties die spelen bij grensoverschrijdende fusie, spelen ook bij grensoverschrijdende splitsing. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de voorbereidende procedure tot grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende splitsing, zoals (i) de opstelling van een gemeenschappelijk voorstel tot grensoverschrijdende splitsing en een toelichting daarop, (ii) crediteurenbescherming, (iii) een eventueel uittreedrecht of recht op schadeloosstelling voor minderheidsaandeelhouders, (iv) werknemersmedezeggenschap en (v) het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing. Immers, zowel bij grensoverschrijdende fusie als bij grensoverschrijdende splitsing zullen voorbereidende handelingen moeten worden getroffen, zullen crediteuren te maken krijgen met een andere wederpartij, zullen aandeelhouders aandeelhouder worden van een vennootschap beheerst door het recht van een andere staat en kunnen zonder nadere regelingen rechten van vennootschappelijke medezeggenschap van werknemers geheel of gedeeltelijk verloren gaan.

Bij het formuleren van (conflict)regels voor grensoverschrijdende splitsing en het gebruik van de regels van de Tiende richtlijn en de daarop gebaseerde implementatiewetgevingen ter inspiratie, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de in par. 5.4.3. genoemde conflictregels enerzijds en de regels van materieel recht uit die regelingen anderzijds.

Bij het formuleren van conflictregels voor grensoverschrijdende splitsing kunnen naar mijn mening de regels uit de Tiende richtlijn zonder meer gebruikt worden ter inspiratie. Wat betreft het gebruik van regels van materieel recht uit de Tiende richtlijn is dat lastiger, omdat die regels alleen gelding hebben voor grensoverschrijdende fusie. Toepassing van die regels, die ontworpen zijn voor grensoverschrijdende fusie, op grensoverschrijdende splitsing, heeft geen wettelijke basis. Deze regels kunnen alleen op grensoverschrijdende splitsing toegepast worden indien (i) dat niet strijdig is met dwingende regels van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en de verkrijgende vennootschap(en) en (ii) deze regels op volontaire basis toegepast worden door de splitsende vennootschap en de

⁴⁶ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 22 en 93. De verwantschap tussen juridische fusie en juridische splitsing blijkt ook uit de considerans bij de Zesde richtlijn.

verkrijgende vennootschap(pen). Dit neemt echter niet weg dat de regels van materieel recht uit de Tiende richtlijn en de implementatiewetgevingen gebruikt kunnen worden ter inspiratie voor toekomstige regelgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing.

Gesteld zou kunnen worden dat de analoge toepassing van de regels uit de Tiende richtlijn voor grensoverschrijdende splitsing niet de meest voor de hand liggende is, nu de Tiende richtlijn is beperkt tot grensoverschrijdende fusie en geen regels bevat omtrent grensoverschrijdende splitsing.

Toch ligt het naar mijn mening voor de hand dat, gezien de verwantschap tussen juridische fusie en juridische splitsing, bij gebrek aan een wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing wat betreft het conflictenrecht voor grensoverschrijdende splitsing aan te sluiten bij hetzij (i) het ongeschreven conflictenrecht, zoals dat voor de implementatie van de Tiende richtlijn met de inwerkingtreding van Afdeling 2.7.3A BW voor grensoverschrijdende fusie bestond en waarvan verdedigd kan worden dat dat ongeschreven conflictenrecht nog steeds geldt voor grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van Afdeling 2.7.3A BW vallen, hetzij (ii) het geschreven conflictenrecht, zoals dat voor grensoverschrijdende fusie geldt na de implementatie van de Tiende richtlijn⁴⁷ in de lidstaten van de EU en de EER voor de grensoverschrijdende fusies die onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn vallen.⁴⁸

Voor de benadering waarbij wordt gekozen voor het volgen en naar analogie van toepassing verklaren van de ongeschreven conflictregels omtrent grensoverschrijdende fusie, zoals die bestonden voor de implementatie van de Tiende richtlijn, pleit dat de Europese wetgever de Tiende richtlijn een beperkte reikwijdte heeft meegegeven en alleen van toepassing heeft verklaard op (i) vennootschappen van het besloten en het naamloze type en (ii) slechts op bepaalde vormen van fusie, namelijk: grensoverschrijdende fusie door overnemering en grensoverschrijdende fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap. Grensoverschrijdende fusie van andere rechtsvormen dan vennootschappen van het besloten en het naamloze type en andere vormen van grensoverschrijdende fusie, zoals grensoverschrijdende driehoeksfusie of zelfs grensoverschrijdende splitsing – voor zover grensoverschrijdende splitsing gezien kan worden als een variant op grensoverschrijdende fusie –, heeft de Europese wetgever bewust buiten de reikwijdte van de Tiende richtlijn gehouden.

Aan de andere kant moet ook de reden waarom de reikwijdte van de Tiende richtlijn beperkt is gebleven tot de hiervoor genoemde rechtsvormen en vormen van fusie in ogenschouw worden genomen. Het doel van de Tiende richtlijn was een regeling te creëren voor grensoverschrijdende fusie – en niet voor grensoverschrijdende splitsing – van kapitaalvennootschappen – en niet voor andere rechtsvormen.

47 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, PB L 310 van 25.11.2005, p. 1 – 9.

48 Van Eck en Roelofs 2008, p. 85, 86.

Regels omtrent grensoverschrijdende fusie van andere rechtsvormen dan kapitaalvennootschappen en regels omtrent grensoverschrijdende splitsing zijn bewust buiten de reikwijdte van de Tiende richtlijn gehouden. Concentratie – als middel tot reorganisatie – door middel van grensoverschrijdende fusie is het hoofddoel van de Tiende richtlijn, zo is te lezen in overweging 1 van de considerans van de Tiende richtlijn. Ontvlechting en (de)concentratie door middel van grensoverschrijdende splitsing was geen doel van de Tiende richtlijn. Ik vermoed dat dat voortkomt uit het feit dat de Europese wetgever allereerst een regeling heeft willen creëren omtrent grensoverschrijdende fusie, hetgeen blijkt uit de lange totstandkomingsgeschiedenis van de Tiende richtlijn al geen sinecure was.⁴⁹ Het opnemen van regelingen omtrent grensoverschrijdende splitsing op dat moment zou dat wetgevingsproces in ieder geval niet hebben bespoedigd.

Deze argumenten in ogenschouw nemende, mag niet de conclusie worden getrokken dat de Europese wetgever doelbewust de Tiende richtlijn beperkt heeft gehouden tot grensoverschrijdende fusie en de reikwijdte van deze richtlijn niet heeft willen uitbreiden tot grensoverschrijdende splitsing met als argument dat de conflictenrechtelijke beginselen van de Tiende richtlijn niet van toepassing zouden kunnen zijn op grensoverschrijdende splitsing. Ik ben daarom ook van mening dat de conflictenrechtelijke beginselen zoals die zijn neergelegd in de Tiende richtlijn zo veel mogelijk toegepast moeten worden op grensoverschrijdende splitsing.

5.6 Rechtsvergelijking conflictenrecht bij grensoverschrijdende splitsing

5.6.1 Luxemburgse wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing

Zoals geconstateerd in paragraaf 4.4.1., bevat het Luxemburgse recht slechts één bepaling omtrent grensoverschrijdende splitsing, opgenomen in artikel 285 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Deze bepaling gaat alleen over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing en niet over het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht.

Toch kan wel iets gezegd worden over het krachtens het Luxemburgse recht op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht. De bepaling over de toelaatbaarheid is opgenomen in artikel 285 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Dat artikel is het eerste van Section XV met als titel: ‘Des scissions’. De eerste zin van artikel 285 luidt als volgt:

‘La présente section s’applique à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la présente loi et aux groupements d’intérêt économique’

⁴⁹ Zie hierover: Van Boxel 2011, p. 9 e.v..

Dit heeft naar mijn mening tot gevolg dat, in ieder geval vanuit Luxemburgs perspectief, op de Luxemburgse vennootschap die partij is bij een grensoverschrijdende splitsing de Luxemburgse regels betreffende (nationale) splitsing worden toegepast. De Luxemburgse wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing bevat geen andere bepalingen met betrekking tot het conflictenrecht bij grensoverschrijdende splitsing.

5.6.2 Deense wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing

Zoals vermeld in paragraaf 4.4.2., heeft de Deense wetgever in het kader van de implementatie van de Tiende richtlijn per 1 juli 2007 tevens regels opgenomen over grensoverschrijdende splitsing in de *Lov om aktieselskaber* en de *Lov om anpartsselskaber*. Door middel van een wetswijziging, welke van kracht werd per 1 maart 2010, zijn bepaalde artikelen van de *Lov om aktieselskaber* en de *Lov om anpartsselskaber* ingetrokken en vervangen door de *Lov om aktie- og anpartsselskaber* (ook wel verkort aangeduid als: '*Selskabsloven*'), vrij vertaald in het Engels: 'Danish Act on Public and Private Limited Companies' of 'Danish Companies Act'.

In het kader van die wetswijziging zijn ook de bepalingen betreffende grensoverschrijdende splitsing uitgebreid en zijn meer uitputtende regelingen omtrent grensoverschrijdende splitsing opgenomen in plaats van – zoals voorheen – louter één bepaling omtrent grensoverschrijdende splitsing waarbij de regels omtrent grensoverschrijdende fusie – opgenomen ter implementatie van de Tiende richtlijn – mutatis mutandis van toepassing werden verklaard op grensoverschrijdende splitsing.⁵⁰ Uit de tot 1 maart 2010 geldende § 138 Stk. 4 *Lov om aktieselskaber* en de daaruit voortvloeiende overeenkomstige toepassing van de bepalingen betreffende grensoverschrijdende fusie op grensoverschrijdende splitsing bleek reeds dat de Deense wetgever de beginselen van de Tiende richtlijn en de Deense wetgeving waarmee de Tiende richtlijn werd geïmplementeerd van overeenkomstige toepassing verklaarde op grensoverschrijdende splitsing, niet alleen de regels inhoudende conflictregels, maar ook de regels van materieel recht.

In § 5 lid 12 *Danish Companies Act* is grensoverschrijdende splitsing gedefinieerd als de splitsing waarbij kapitaalvennootschappen zijn betrokken die zijn onderworpen aan het recht van ten minste twee verschillende lidstaten van de EU of de EER. De regels omtrent grensoverschrijdende splitsing zijn opgenomen in § 291 tot en met § 310 en § 318 *Danish Companies Act*. In deze bepalingen is *geen algemene regel* opgenomen over het conflictenrecht bij grensoverschrijdende splitsing, inhoudende een cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen. Cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en de verkrijgende vennootschap(en) blijkt echter wel uit de opstelling van de regels omtrent grensoverschrijdende splitsing. De bepalingen van § 291 tot en met § 310

⁵⁰ Zie § 138 Stk. 4 *Lov om aktieselskaber* (oud).

en § 318 Danish Companies Act – met daarin regels omtrent grensoverschrijdende splitsing⁵¹ – bevatten regels van materieel recht, geïnspireerd op de regels die zijn opgenomen ter implementatie van de Tiende richtlijn, maar zijn specifiek toegesneden op grensoverschrijdende splitsing. Daarnaast bevatten deze bepalingen conflictregels, die in sommige gevallen het toepasselijke recht aanwijzen, zoals bijvoorbeeld wat betreft het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing de aanwijzing van het Deense recht als toepasselijk recht indien de verkrijgende vennootschap(en) worden beheerst door het recht van andere lidstaten (§ 309 lid 3 Danish Companies Act).

5.6.3 Finse wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing

De artikelen 19 tot en met 27 van de Finse Osakeyhtiölaki bevatten bepalingen over grensoverschrijdende splitsing.⁵² Deze bepalingen maken deel uit van Hoofdstuk 17 van deze wet, dat gaat over splitsing. Uit artikel 19 Osakeyhtiölaki blijkt onomstotelijk dat vanuit Fins perspectief grensoverschrijdende splitsingen toelaatbaar zijn. In artikel 20 Osakeyhtiölaki worden de specifieke bepalingen betreffende grensoverschrijdende splitsing van toepassing verklaard op grensoverschrijdende splitsing. Specifieke regels zijn opgenomen voor het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing (artikel 21 Osakeyhtiölaki), de accountantsverklaring (artikel 22 Osakeyhtiölaki), de registratie van de grensoverschrijdende splitsing (artikel 23 Osakeyhtiölaki), de implementatie van een grensoverschrijdende splitsing indien een Finse vennootschap een verkrijgende vennootschap is (artikel 24 Osakeyhtiölaki) en indien een buitenlandse vennootschap een verkrijgende vennootschap is (artikel 25 Osakeyhtiölaki), de gevolgen van een grensoverschrijdende splitsing (artikel 26 Osakeyhtiölaki) en de onmogelijkheid tot nietigheid of vernietiging van een grensoverschrijdende splitsing (artikel 27 Osakeyhtiölaki). Zowel uit de redactie van de artikelen omtrent grensoverschrijdende splitsing als uit de inhoud van deze artikelen blijkt duidelijk dat de regels omtrent grensoverschrijdende fusie model hebben gestaan voor deze regels.

5.6.4 De Duitse doctrine ten aanzien van grensoverschrijdende splitsing

Net als in Nederland en in tegenstelling tot Finland en Denemarken, heeft de Duitse wetgever (nog) geen bepalingen opgenomen omtrent grensoverschrijdende splitsing.⁵³ Zoals beschreven in paragraaf 4.4.4., bevat het Duitse recht, net als het

51 In hoofdstuk 6 en 7 zal nader worden ingegaan op de regels omtrent grensoverschrijdende splitsing in het Deense recht.

52 In hoofdstuk 6 en 7 zal nader worden ingegaan op de regels omtrent grensoverschrijdende splitsing in het Finse recht.

53 H. Schaumburg, A. Schumacher in: Lutter en Winter (2009), § 151, Rz. 6.

Nederlandse recht, geen wettelijke bepaling over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing. De enige basis voor een positief antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid kan gevonden worden in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU. Evenmin bevat het Duitse recht bepalingen over het toepasselijke recht op een grensoverschrijdende splitsing. Dat neemt echter niet weg dat in de Duitse literatuur wel is nagedacht over het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht.

Lennerz heeft in het jaar 2000 het conflictenrecht bij grensoverschrijdende splitsing beschreven. Zij onderscheidde destijds twee methoden ter bepaling van het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht. Ten eerste de toepassing van de nationale voorschriften betreffende nationale splitsing op grensoverschrijdende splitsing, door haar aangeduid als de *'statutistische Methode'*.⁵⁴ Zij zag daarbij als nadeel dat het maar de vraag is of een regeling betreffende nationale splitsing kan worden toegepast op grensoverschrijdende gevallen.⁵⁵ De tweede methode die Lennerz schetst, is de klassiek-conflictenrechtelijke benadering. Bij deze benadering wordt volgens Lennerz de grensoverschrijdende splitsing als rechtshandeling centraal gesteld en wordt vervolgens het toepasselijke recht op die rechtshandeling bepaald.⁵⁶

Lennerz merkt op dat een grensoverschrijdende splitsing niet alleen de verhouding tussen splitsende vennootschap en verkrijgende vennootschap raakt, maar ook de verhouding tot aandeelhouders, werknemers en schuldeisers.⁵⁷ Zij ziet zich vervolgens voor de keuze gesteld bij de rechtsverhouding – de rechtshandeling grensoverschrijdende splitsing – als eenheid aan te knopen bij één rechtsstelsel (*'einheitliche Anknüpfung'*), dan wel voor iedere afzonderlijke rechtsverhouding – namelijk: de rechtsverhouding van de vennootschap tot de aandeelhouders, werknemers en schuldeisers – aan te knopen bij een rechtsstelsel.

Wat betreft een 'gedeelde aanknoping', merkt Lennerz op dat een onderscheid tussen de voorwaarden voor fusie, de procedure tot fusie en de gevolgen van fusie, zoals Beitzke dat maakte, niet voldoet, omdat daarmee alle rechtsverhoudingen – met aandeelhouders, werknemers en schuldeisers – worden samengevoegd. De toepassing hiervan leidt volgens haar tot problemen. Wat onder het ene recht gerekend kan worden tot de procedure tot fusie, vlak voordat de fusie van kracht wordt, kan onder het andere recht gerekend worden tot een gevolg van de fusie. Daarnaast signaleerde Lennerz dat een onderscheid kan bestaan wat betreft systemen waarmee belanghebbenden beschermd worden. Het betreft dan met name systemen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders of schuldeisers voorafgaande aan of na het van kracht worden van de grensoverschrijdende fusie of splitsing, met volgens haar als consequentie dat die bescherming ofwel gerekend

54 Vgl. ook Koppensteiner 1971, p. 94.

55 Lennerz 2001, p. 29.

56 Lennerz 2001, p. 30.

57 Lennerz 2001, p. 131.

moet worden tot de procedure tot grensoverschrijdende fusie of splitsing, dan wel tot de gevolgen daarvan.

Prüm constateert in zijn proefschrift dat in Duitsland nauwelijks is geschreven over het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht.⁵⁸ Wat betreft het toepasselijke recht op grensoverschrijdende splitsing wordt volgens hem in de literatuur telkens verwezen naar het toepasselijke recht op grensoverschrijdende fusie, hetgeen resulteert in cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap – de *'Vereinigungstheorie'*.⁵⁹ Prüm ziet als voordeel van deze Vereinigungstheorie – bij grensoverschrijdende fusie – dat zowel het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(en) als het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap in aanmerking worden genomen. Een 'blinde cumulatie' is volgens hem niet noodzakelijk, wanneer wat betreft interne aangelegenheden iedere vennootschap de regels van het op die vennootschap toepasselijke recht toepast en wat betreft gezamenlijke aangelegenheden het strengste voorschrift wordt toegepast.

De Vereinigungstheorie kan naar de mening van Prüm ook worden toegepast op grensoverschrijdende splitsing, gezien de technische overeenkomsten tussen fusie en splitsing.⁶⁰ Hij ziet niet veel in toepassing van het leerstuk van de enkele aanknopng. Toepassing van alleen het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap dan wel alleen het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap, past volgens hem niet bij het karakter van grensoverschrijdende splitsing als herstructureringsmethode.⁶¹ Bij een zuivere cumulatieve toepassing van zowel het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap als het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap, ziet Prüm als nadeel dat slechts de rechtsgevolgen intreden die zijn opgenomen in beide rechtsstelsels. Hij komt dan ook tot de conclusie dat een distributieve aanknopng – gedifferentieerd cumulatieve aanknopng – het meest op zijn plaats is. De voorwaarden voor deelname van een vennootschap aan een grensoverschrijdende splitsing worden volgens hem louter beoordeeld door het op de vennootschap toepasselijke recht. Voor iedere andere stap ter implementatie van een grensoverschrijdende splitsing, zal volgens Prüm nu eens de vennootschapsstatuten gecumuleerd, dan weer distributief moeten worden toegepast.⁶²

De in paragraaf 4.4.4.3 besproken Vorschlag für eine Regelung auf europäischer Ebene (Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf Gesellschaften anzuwendende Recht) (hierna aan te duiden als 'het Voorstel') bevat enkele handreikingen voor toekomstige wetgeving omtrent grensoverschrijdende

58 Prüm 2006, p. 59.

59 Schwarz in: Widmann en Mayer 2012, § 1, Rn. 32, A. Reik 2001, p. 300 en Kuntz 2006, p. 224, 225.

60 Prüm 2006, p. 62.

61 Prüm 2006, p. 73.

62 Prüm 2006, p. 74.

splitsing. In het Voorstel is opgenomen dat het op een vennootschap toepasselijke recht onder meer de ‘Umwandlung’ beheerst. Volgens de Spezialkommission moet het begrip ‘Umwandlung’ in dezen ruim worden opgevat en bevat het fusie, splitsing, vermogensoverdracht (‘Vermögensübertragung’) en rechtsvormwijziging.⁶³ Artikel 5 van het Voorstel bevat conflictregels over de vereisten, de tenuitvoerlegging en het van kracht worden van grensoverschrijdende fusie. Artikel 6 van het Voorstel bepaalt dat op grensoverschrijdende splitsing en grensoverschrijdende Vermögensübertragung het artikel betreffende grensoverschrijdende fusie overeenkomstige toepassing vindt.⁶⁴ Uit artikel 6 en artikel 5 van het Voorstel blijkt dat het toe te passen recht op een grensoverschrijdende splitsing behelst: (i) de vereisten voor, (ii) de procedure tot en (iii) de gevolgen van de grensoverschrijdende splitsing. Hieruit blijkt een cumulatieve toepassing van zowel het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap als het recht dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap. In het bijzonder worden de voorschriften betreffende de opstelling van een gemeenschappelijk voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, de vorm en de minimuminhoud daarvan, de openbaarmaking en accountantsverklaringen, de besluitvorming, de bescherming van crediteuren en minderheidsaandeelhouders gecumuleerd. Ook is in het Voorstel uitdrukkelijk een conflictregel opgenomen omtrent het van kracht worden van grensoverschrijdende fusie, welke van overeenkomstige toepassing is op grensoverschrijdende splitsing. Deze regel luidt:

‘Der Zeitpunkt des Wirksamwirdens der Verschmelzung bestimmt sich nach dem Recht, dem die aus der Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft nach Art. 2 unterliegt’.

De formulering van deze regel voor grensoverschrijdende fusie is logisch en is ook opgenomen in artikel 12 Tiende richtlijn. Voor het van kracht worden van de grensoverschrijdende fusie wordt verwezen naar het op de verkrijgende vennootschap toepasselijke recht. Voor grensoverschrijdende splitsing kan deze regel naar mijn mening niet zonder nadere aanpassing toegepast worden, omdat – wanneer in plaats van ‘Verschmelzung’ ‘Spaltung’ gelezen wordt – het recht van verschillende staten wordt aangewezen voor de bepaling van het moment van het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing. Bij een grensoverschrijdende splitsing kunnen immers meerdere verkrijgende vennootschappen betrokken zijn, waarvan het toepasselijke recht, bij gebrek aan harmonisatie op dit terrein, verschillende momenten kan aanwijzen als het moment waarop de (grensoverschrijdende) splitsing van kracht wordt. Daarmee zou de conflictregel zijn doel voorbij schieten. Beter zou daarom zijn om, net als in het Deense recht in § 309 lid 3 Danish Companies Act, voor het moment van het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing te verwijzen naar het recht dat van toepassing is op de

63 Sonnenberger 2007, p. 27.

64 Sonnenberger 2007, p. 305.

splitsende vennootschap in plaats van naar het recht van de verkrijgende vennootschappen.

Het Voorstel bevat ook een handreiking voor een regeling in het EGBGB over grensoverschrijdende splitsing en kent een gelijk stramien als het Voorstel voor een regeling op Europees niveau (zie artikel 10a en 10c jo. artikel 10b *Vorschlag für eine autonome deutsche Regelung im EGBGB*).

5.7 Synthese

In het voorgaande is gebleken dat tot op heden geen geschreven regels bestaan voor het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht, noch op Europees niveau, noch op bi- of multilateraal niveau, noch op Nederlands, nationaal niveau. Vanwege het ontbreken van geschreven conflictregels omtrent grensoverschrijdende splitsing, zullen ongeschreven conflictregels moeten worden gebruikt of, voor zover die niet bestaan, moeten worden geformuleerd.

Bij het formuleren van conflictregels betreffende grensoverschrijdende splitsing kunnen drie methoden gehanteerd worden: (i) aansluiting bij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen), dan wel het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap – de ‘enkele aanknoping’ –, (ii) aansluiting bij zowel het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) als bij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap – de ‘cumulatieve aanknoping’ – dan wel (iii) aansluiting bij zowel het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) als bij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, gedifferentieerd naar onderdelen van de grensoverschrijdende splitsing – de ‘gedifferentieerd cumulatieve’ of ‘distributieve aanknoping’.

De regelingen omtrent grensoverschrijdende fusie van vennootschappen, zoals neergelegd in de SE-Verordening en de Tiende richtlijn en de daarop gebaseerde implementatiewetgevingen in de lidstaten van de EU, kennen allen wat betreft het conflictenrecht als basis de gedifferentieerd cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(pen). De gedifferentieerd cumulatieve toepassing blijkt uit de toepassing van nu eens (i) het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, dan weer (ii) de toepassing van het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap, dan wel (iii) beide. Een differentiatie vindt plaats naar onderdelen van de grensoverschrijdende fusie. De onderdelen die van oudsher in de oude Duitse literatuur werden onderscheiden waren: (i) de voorwaarden betreffende grensoverschrijdende fusie, (ii) de procedure tot grensoverschrijdende fusie en (iii) de gevolgen van grensoverschrijdende fusie. Daar waar regels van het recht dat van toepassing is op de fuserende vennootschappen met elkaar botsen, moet het strengste voorschrift worden toegepast, daar waar regels

ontbreken, moeten regels van het ene vennootschapsstatuut substitutief worden toegepast in de werkingssfeer van het andere vennootschapsstatuut.

De SE-Verordening en de Tiende richtlijn kennen een uitgebreide totstandkomingsgeschiedenis. Hoewel de SE-Verordening en de Tiende richtlijn alleen zien op grensoverschrijdende fusie en niet op grensoverschrijdende splitsing, is het naar mijn mening om verschillende redenen opportuun de regels of de beginselen van deze regels toe te passen op grensoverschrijdende splitsing. Fusie en splitsing zijn immers niet alleen in economisch opzicht maar ook in juridisch opzicht nauw aan elkaar verwant. Daarnaast bevatten de SE-Verordening en de Tiende richtlijn een (althans relatief) uitgebalanceerd concept betreffende het conflictenrecht van grensoverschrijdende fusie. Bovendien is het niet zo dat de reikwijdte van de SE-Verordening en de Tiende richtlijn beperkt is tot de grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen omdat de daarin neergelegde conflictenrechtelijke concepten alleen voor grensoverschrijdende fusie zouden gelden en per definitie niet voor grensoverschrijdende splitsing. Een parallel kan worden getrokken met grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn vallen maar waarvoor verdedigd is dat het conflictenrecht uit die regeling kan worden toegepast.

Ook analoge toepassing van de overwegingen uit het Vale-arrest van het Hof van Justitie van de EU op grensoverschrijdende splitsing lijken te wijzen in de richting van cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap (pen), nu (nog) niet is voorzien in wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing op unieniveau.

Vanuit het oogpunt van (notariële) rechtszekerheid verdient een gedifferentieerde cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap (pen) eveneens de voorkeur, omdat dan zo veel mogelijk wordt voldaan aan alle voorschriften van alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen. Ten slotte verhoogt een gedifferentieerde cumulatieve toepassing de kans dat een grensoverschrijdende splitsing in 'derde landen' – i.e. landen waarvan het recht niet van toepassing is op één bij de splitsing betrokken vennootschappen, de in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw opgerichte vennootschap daaronder begrepen – wordt erkend als geldige rechtshandeling.

Bovendien wordt bij gedifferentieerd cumulatieve toepassing van zowel het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap als het recht dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap enerzijds tegemoet gekomen aan alle vereisten gesteld door het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen en anderzijds aan het bezwaar dat voorschriften van het recht dat van toepassing is op de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen ongewenst cumuleren en op die manier een

onnodige barrière vormen bij de effectuering van een grensoverschrijdende splitsing. Het motto zou daarbij kunnen zijn: ‘cumulatief als het moet, gedifferentieerd cumulatief als het kan’.

In andere lidstaten van de EU, namelijk in Luxemburg, Denemarken en Finland, hebben de wetgevers in het kader van de implementatie van de Tiende richtlijn in nationale wetgeving tevens regels opgenomen omtrent grensoverschrijdende splitsing. Deze regels volgen grotendeels de inhoud van de regels omtrent grensoverschrijdende fusie. Uit de plaatsing van de bepaling betreffende grensoverschrijdende splitsing in de Luxemburgse wetgeving is op te maken dat, althans voor de vennootschap die wordt beheerst door Luxemburgs recht die betrokken is bij een grensoverschrijdende splitsing, het Luxemburgse recht moet worden toegepast. De Deense en de Finse bepalingen betreffende grensoverschrijdende splitsing sluiten aan bij de regels omtrent grensoverschrijdende fusie. Bij de implementatie van een grensoverschrijdende splitsing waarbij enerzijds een vennootschap is betrokken die wordt beheerst door het recht van een staat die specifieke regels heeft opgenomen omtrent grensoverschrijdende splitsing (zoals bijvoorbeeld Denemarken) en anderzijds een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een staat die geen specifieke regels heeft opgenomen over grensoverschrijdende splitsing (zoals Nederland), zullen zowel de specifieke regels betreffende grensoverschrijdende splitsing van het recht van die eerste staat (in dit voorbeeld: Denemarken) moeten worden toegepast als de regels betreffende nationale splitsing van het recht van die tweede staat (in dit voorbeeld: Nederland).

Ook de in Duitsland ontwikkelde *Vorschlag für eine Regelung auf europäischer Ebene (Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf Gesellschaften anzuwendende Recht)*⁶⁵ gaat uit van een (gedifferentieerd) cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschappen bij een grensoverschrijdende splitsing.

Gedifferentieerd cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) biedt de meeste voordelen bij grensoverschrijdende splitsing ten opzichte van de enkele aanknoping en cumulatieve aanknoping. De vraag komt echter op hoe nauwkeurig de differentiatie moet zijn. Met andere woorden: welke categorieën kunnen of moeten worden onderscheiden waarop vervolgens het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, dan wel het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en), dan wel het recht dat van toepassing is op zowel de splitsende vennootschap als op de verkrijgende vennootschap kan worden toegepast?

Beitzke maakte bij grensoverschrijdende fusie een onderscheid naar de categorieën (i) voorwaarden voor fusie, (ii) procedure tot fusie en (iii) gevolgen van fusie. In de latere Duitse literatuur die is verschenen over grensoverschrijdende fusie is dit

65 Sonnenberger 2007.

onderscheid 'te ruim' bevonden in die zin dat in sommige rechtsstelsels een onderdeel wordt gerekend tot de 'procedure tot fusie', terwijl in andere rechtsstelsels dat onderdeel wordt gerekend tot de 'gevolgen van fusie'. Hetzelfde geldt naar mijn mening voor grensoverschrijdende splitsing. Een zo nauwkeurig mogelijke uiteenrafeling van zowel de voorwaarden voor, de procedure tot en de gevolgen van grensoverschrijdende splitsing is naar mijn mening beter. Op die manier kan een nauwkeuriger onderscheid worden gemaakt naar de op de onderdelen van een grensoverschrijdende splitsing toe te passen rechtsregels van hetzij het recht dat van toepassing op de splitsende vennootschap, hetzij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en), hetzij beide.

De vraag is vervolgens welke onderverdeling de juiste is en hoe 'klein' deze onderdelen moeten zijn. Bij het maken van een onderverdeling en het formuleren van de daarbij horende conflictregels, kan de Tiende richtlijn ter inspiratie gebruikt worden. Ik kom voor grensoverschrijdende splitsing tot de volgende onderverdeling met de daarbij opkomende vragen:

1. *De voorwaarden voor grensoverschrijdende splitsing*: welke vennootschappen kunnen grensoverschrijdend splitsen en aan welke voorwaarden moeten zij voldoen om betrokken te kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing, hetzij als splitsende vennootschap, hetzij als verkrijgende vennootschap?
2. *De voorbereidende fase tot grensoverschrijdende splitsing*: welke voorbereidende documenten horen bij een grensoverschrijdende splitsing – zoals het voorstel tot splitsing – en welke vormvereisten moeten bij die voorbereidende fase in acht worden genomen?
3. *De positie van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing*: genieten de crediteuren bijzondere bescherming bij een grensoverschrijdende splitsing en hoe ziet die bescherming er uit?
4. *De positie van (minderheids)aandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing*: genieten de (minderheids)aandeelhouders bijzondere bescherming bij een grensoverschrijdende splitsing ten opzichte van nationale splitsing en zo ja, hoe ziet die bescherming er uit?
5. *De positie van werknemers bij grensoverschrijdende splitsing*: genieten de werknemers bijzondere bescherming bij een grensoverschrijdende splitsing met betrekking tot het behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap en hoe ziet die bescherming er uit?
6. *De besluitvorming van de vennootschappen betrokken bij grensoverschrijdende splitsing*: welke organen zijn bevoegd het besluit tot splitsing te nemen en welke meerderheidseisen en quora moeten in acht worden genomen?
7. *De rol van de autoriteiten bij grensoverschrijdende splitsing*: welke autoriteit in welke staat moet welke handelingen verrichten om de grensoverschrijdende splitsing te effectueren?
8. *Het van kracht worden en inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing in de staat van de splitsende vennootschap en in de staat van de verkrijgende vennootschap(en)*: welk recht van welke staat is bepalend ten aanzien van het

van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing en hoe worden de handelsregisters geïnformeerd over een grensoverschrijdende splitsing?

9. *De overgang onder algemene titel grensoverschrijdende splitsing*: door het recht van welke staat wordt de overgang onder algemene titel beheerst en welke vermogensbestanddelen kunnen onder algemene titel grensoverschrijdend overgaan?
10. *De ruil van aandelen bij grensoverschrijdende splitsing*: door welk recht wordt de aandelenruil beheerst?

Deze onderverdeling zal in de hoofdstukken 6 en 7 worden gebruikt bij de beschrijving van het conflictenrecht bij grensoverschrijdende splitsing.

HOOFDSTUK 6

VOORWAARDEN BETREFFENDE GRENSOVERSCHRIJDENDE SPLITSING

6.1 Voorwaarden betreffende grensoverschrijdende splitsing ten aanzien van rechtsvormen

De eerste vraag die gesteld moet worden bij een voorgenomen grensoverschrijdende splitsing, is of een rechtsvorm betrokken kan zijn bij een grensoverschrijdende splitsing. Bestaat een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing, zoals in Luxemburg, Denemarken en Finland het geval is, dan zal daarin ook duidelijk zijn opgenomen welke rechtsvormen betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing en welke vormen van grensoverschrijdende splitsing mogelijk zijn.¹

Bestaat geen regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing, zoals in Nederland het geval is, dan zal moeten worden teruggevallen op de nationale splitsingsregeling van de lidstaten. Het is in strijd met de vrijheid van vestiging zoals neergelegd in artikel 49 en 54 VWEU indien een mogelijkheid tot herstructurering – in dit geval: splitsing – louter is voorbehouden aan nationale gevallen. Dat is bevestigd in het *Sevic*-arrest en het *Vale*-arrest.² Dat geldt niet alleen ten aanzien van de rechtsvormen die betrokken kunnen zijn bij een splitsing, maar ook ten aanzien van de mogelijke vormen van splitsing.

6.1.1 Rechtsvormen die onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging vallen

De vrijheid van vestiging heeft wat betreft de rechtsvormen waar de vrijheid van vestiging op ziet een ruime reikwijdte, welke is opgenomen in artikel 54 VWEU. Onder vennootschappen worden in artikel 54 VWEU verstaan: (i) maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en (ii) overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen. Een rechtspersoon

¹ Zie hierover nader paragraaf 6.3.

² HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03 (*Sevic*), JOR 2006, 33, r.o. 19, 22, HvJ EG 12 juli 2012, *Vale Építési kft.*, verzoek om een prejudiciële beslissing: *Legfelsöbbs Bíróság – Hongarije*, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, bladzijde 00000, r.o. 24, 36.

die deelneemt aan het economische verkeer, zonder dat die rechtspersoon een winst-oogmerk heeft, kan ook gebruik maken van de vrijheid van vestiging.³

Ontbreekt een nationale wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing, dan zal nauwkeurig moeten worden bekeken welke rechtsvormen betrokken kunnen zijn bij een (nationale) splitsing. De mogelijkheden tot grensoverschrijdende splitsing worden immers alleen gevonden in het nationale recht van de lidstaten.⁴ Staat het nationale recht de betrokkenheid van een rechtsvorm bij een nationale splitsing niet toe, dan kan die rechtsvorm ook niet betrokken zijn bij een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging. Dit is ook wel wat de ‘negatieve werking van de vrijheid van vestiging’ wordt genoemd.⁵ De vrijheid van vestiging werkt niet zo ver dat deze de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing introduceert voor rechtsvormen die niet betrokken kunnen zijn bij een nationale splitsing. De vrijheid van vestiging is immers slechts een verbodsbepaling op basis waarvan nationale wettelijke bepalingen die in strijd zijn met de vrijheid van vestiging buiten toepassing dienen te blijven.

Wat betreft de rechtsvormen die betrokken kunnen zijn bij een nationale splitsing, moet in de eerste plaats worden teruggevallen op de nationale wetgevingen van de betrokken lidstaten, die in dit geval is gebaseerd op de Zesde richtlijn. De Zesde richtlijn ziet op naamloze vennootschappen (artikel 1 lid 1, 2 Zesde richtlijn jo. artikel 1 lid 1 Richtlijn 2011/35/EU). Hieruit kan worden opgemaakt dat in ieder geval een grensoverschrijdende splitsing kan worden geëffectueerd indien de bij de splitsing betrokken rechtsvormen naamloze vennootschappen zijn als bedoeld in de Zesde richtlijn en Derde richtlijn, thans Richtlijn 2011/35/EU.

Lidstaten kunnen echter de mogelijkheid tot splitsing hebben uitgebreid tot andere rechtsvormen, zoals besloten vennootschappen, stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen of personenvennootschappen. De Zesde richtlijn staat daaraan niet in de weg. Dat lidstaten de mogelijkheid tot splitsing hebben uitgebreid tot andere rechtsvormen is op zich mooi, maar niet een garantie dat de grensoverschrijdende splitsing van die rechtsvormen ook daadwerkelijk kan plaatsvinden. Naar mijn mening zal of zullen ook de rechtsstelsel(s) die van toepassing zijn op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken rechtsvormen de splitsing van die betreffende rechtsvormen moeten toestaan of ten minste niet moeten belemmeren. Wat betreft de rechtsvormen die betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing, is de cumulatie van het recht dat van toepassing is op alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken rechtsvormen hierin gelegen. Staat een bepaalde lidstaat de nationale splitsing van bijvoorbeeld een personenvennootschap toe, maar een andere lidstaat niet, dan

3 HvJ EG 29 juni 1999, Zaak C-172/98, Commissie vs. België, Jurisprudentie 1999, p. I-03999 en Vossestein 2010, p. 60, 61.

4 HvJ EG 12 juli 2012, Vale Épitési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsóbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jurisprudentie 2012, bladzijde 00000, r.o. 43.

5 De Wulf 2006, p. 9.

kan of kunnen die rechtsvorm(en) niet betrokken zijn bij een grensoverschrijdende splitsing en kan in het concrete geval de grensoverschrijdende splitsing niet plaatsvinden. Naast het feit dat een (grensoverschrijdende) splitsing in zo een geval in strijd zou zijn met de wet of het recht van de staat waarvan het recht niet voorziet in een regeling omtrent splitsing van die rechtsvormen, zouden de gevolgen van de grensoverschrijdende splitsing bovendien zeer onvoorspelbaar zijn.

De Nederlandse wetgeving omtrent nationale splitsing ziet op naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen (artikel 2:308 BW). Personenvennootschappen kunnen onder de huidige Nederlandse wetgeving niet betrokken zijn bij een juridische splitsing in de zin van Afdeling 2.7.4. en 2.7.5. BW en daarom ook niet grensoverschrijdend splitsen of optreden als verkrijgende vennootschap bij een grensoverschrijdende splitsing. Ook onder het ‘nieuwe’ personenvennootschappenrecht⁶ was noch de mogelijkheid tot splitsing noch tot fusie van personenvennootschappen opgenomen. De rechtsvormen die naar Nederlands recht betrokken kunnen zijn bij een nationale splitsing vallen allen, met uitzondering van de stichting die geen winst beoogt in de zin van artikel 54 VWEU, onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging als bedoeld in artikel 54 VWEU⁷ en kunnen dus ook grensoverschrijdend splitsen. Voorwaarde is dat ook krachtens het andere betrokken recht de rechtsvormen betrokken kunnen zijn bij een splitsing. Zowel gezien vanuit het recht dat van toepassing is op de splitsende rechtsvorm als gezien vanuit het recht dat van toepassing is op de verkrijgende rechtsvorm(en), moeten de rechtsvormen betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing kunnen splitsen. Dit zou kunnen worden aangeduid met de Duitse term ‘*Spaltungsfähigkeit*’ van de rechtsvormen betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing. Hiermee wordt het recht dat van toepassing is op de ene bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken rechtsvorm tevens toegepast op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken rechtsvorm. Daarin is een cumulatie gelegen.

6.1.2 Rechtsvormgelijkheidsvereisten

Het Nederlandse recht kent als vereiste dat de partijen bij een splitsing dezelfde rechtsvorm moeten hebben en dat de verkrijgende rechtspersonen die bij de splitsing worden opgericht de rechtsvorm moeten hebben van de splitsende rechtspersoon (artikel 2:334b lid 1, 2 BW).⁸ De Nederlandse wet bevat enkele uitzonderingen op

6 *Kamerstukken II, I*, 2002-2012, 28 746 Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, ingetrokken per 5 september 2011.

7 Het niet-beogen van winst in de zin van artikel 54 VWEU moet ruim worden uitgelegd. Rechtspersonen die geen winstdoel hebben, kunnen gebruik maken van de vrijheid van vestiging in zoverre zij deelnemen aan het economische leven in een lidstaat. Zie hierover: HvJ EG 29 juni 1999, Zaak C-172/98, Commissie vs. België, Jurisprudentie 1999, p. I-03999 en Vossestein 2010, p. 60, 61.

8 Zie tevens paragraaf 3.7.3. Koster heeft in zijn dissertatie gepleit voor een minder strikt rechtsvormgelijkheidsvereiste. Zie hiervoor: Koster 2009, p. 287 – 294.

dit beginsel. Zo worden een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap aangemerkt als dezelfde rechtsvorm (artikel 2:334b lid 3 BW) en kunnen bij de splitsing van een vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij of stichting een naamloze vennootschap of besloten vennootschap worden opgericht, mits de splitsende rechtspersoon daarvan bij de splitsing alle aandelen verkrijgt (artikel 2:334b lid 4 BW). De Nederlandse wetgever kon binnen de marges van de Zesde richtlijn het vereiste van 'dezelfde rechtsvorm' opnemen, omdat de Zesde richtlijn alleen ziet op naamloze vennootschappen.⁹ Dit neemt echter niet weg dat het vereiste van 'dezelfde rechtsvorm' onverkort geldt indien bij een grensoverschrijdende splitsing een Nederlandse rechtspersoon is betrokken. Dat betekent dat een Nederlandse rechtspersoon alleen partij kan zijn bij een grensoverschrijdende splitsing of in het kader van een grensoverschrijdende splitsing kan worden opgericht indien het vereiste van 'dezelfde rechtsvorm' in acht wordt genomen.

Wat betreft de grensoverschrijdende splitsing van kapitaalvennootschappen levert dit vereiste naar mijn mening niet veel problemen op. Vanuit Nederlands oogpunt worden naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen immers aangemerkt als rechtspersonen met 'dezelfde rechtsvorm' (artikel 2:334b lid 3 BW). De flexibilisering van het BV-recht per 1 oktober 2012 heeft er niet toe geleid dat naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen niet meer worden aangemerkt als rechtspersonen met 'dezelfde rechtsvorm'.

Hoewel vennootschappen die worden beheerst door het recht van een andere lidstaat geen naamloze of besloten vennootschap als bedoeld in Boek 2 BW zijn, kunnen vennootschappen met een naamloos of besloten karakter naar mijn mening wel als gelijkaardig of gelijkwaardig worden aangemerkt, ook al worden zij beheerst door het recht van een andere lidstaat. Van vennootschappen met een naamloos karakter kan in ieder geval gezegd worden dat deze door middel van Europese richtlijnen zijn geharmoniseerd en daardoor veel kenmerken gemeenschappelijk hebben.¹⁰ Vennootschappen met een naamloos of besloten karakter zijn bovendien in grote mate met elkaar vergelijkbaar.¹¹ Beiden kennen bijvoorbeeld doorgaans een kapitaalstructuur met aandelen. Bovendien vallen onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie niet alleen vennootschappen met een naamloos maar ook met een besloten karakter. Ook vanuit Europeesrechtelijk oogpunt wordt het verschil tussen vennootschappen met een naamloos en een besloten karakter dus niet zo onoverkomelijk geacht dat deze rechtsvormen niet betrokken zouden kunnen zijn bij dezelfde grensoverschrijdende fusie.

De minister van Justitie was in 2007 een andere mening ten aanzien van de rechtsvormgelijkheid van rechtspersonen toegedaan. Volgens hem moet uit wet of

9 Andere lidstaten schrijven het vereiste van 'dezelfde' rechtsvorm niet of in beperkte mate voor. Zie hierover: Schutte-Veenstra 2010-II, p. 418.

10 Van Eck en Roelofs 2008, p. 88. In iets andere zin: Van Boxel 2011, p. 25.

11 Anders: Vlas 1988, p. 362.

jurisprudentie blijken welke rechtspersonen naar het recht van andere landen als ‘dezelfde’ kunnen worden beschouwd.¹²

Ter inspiratie of een rechtsvorm beheerst door het recht van een andere lidstaat kan worden aangemerkt als ‘dezelfde rechtsvorm’ als een door Nederlands recht beheerste naamloze vennootschap, kan naar mijn mening wat betreft vennootschappen met een naamloos karakter zonder meer worden aangesloten bij de lijst die is opgenomen in artikel 1 Richtlijn 2011/35/EU. Wat betreft de bepaling of een vennootschap met een besloten karakter beheerst door het recht van een andere lidstaat kan worden aangemerkt als ‘dezelfde rechtsvorm’ als een door Nederlands recht beheerste besloten vennootschap, kan niet worden aangesloten bij de lijst die is opgenomen in artikel 1 Richtlijn 2011/35/EU, omdat de Zesde richtlijn – en ook Richtlijn 2011/35/EU – alleen ziet op naamloze vennootschappen. Ik zie geen bezwaar voor vennootschappen met een besloten karakter aansluiting te zoeken bij de lijst die is opgenomen in Bijlage II van de SE-Verordening.¹³ De Tiende richtlijn bevat immers niet zo een lijst, de SE-Verordening wel. Uiteraard *zijn* de rechtsvormen die zijn opgenomen in Bijlage II van de SE-Verordening niet ‘dezelfde’ rechtsvorm, maar zij zijn, in ieder geval vanuit Europeesrechtelijk perspectief, naar mijn mening wel ‘gelijkaardig’ of ‘gelijkwaardig’. De betrokkenheid van een door Nederlands recht beheerste naamloze of besloten vennootschap en bijvoorbeeld een door Duits recht beheerste Gesellschaft mit beschränkter Haftung bij een grensoverschrijdende splitsing levert naar mijn mening geen problemen op.

Hoewel de SE niet als zodanig is opgenomen in artikel 2:308 BW en artikel 2:334b BW, kan ook een reeds bestaande SE naar mijn mening betrokken zijn bij een grensoverschrijdende splitsing, hetzij als splitsende vennootschap, hetzij als reeds bestaande verkrijgende vennootschap.¹⁴ Op basis van artikel 10 SE-Verordening wordt een SE immers behandeld als zijnde een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft.¹⁵

De vorming van een nieuwe SE in het kader van een grensoverschrijdende splitsing valt niet direct onder de reikwijdte van de limitatief opgesomde ontstaanswijzen van een SE als opgenomen in artikel 2 SE-Verordening. Dit neemt naar mijn mening niet weg dat de grensoverschrijdende splitsing als methode gebruikt zou kunnen worden binnen het kader van één van de in artikel 2 SE-Verordening limitatief opgesomde ontstaanswijzen van een SE, zoals de vorming van een

12 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929, nr. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 2. De minister heeft niet aangegeven of hij hier doelt op jurisprudentie van nationale rechters, dan wel jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU.

13 Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), Pb. EU L 294 van 10 november 2001 p. 1 – 21. Zie tevens: Roelofs 2009, p. 278.

14 Zie ten aanzien van de betrokkenheid van een SE bij een nationale splitsing: Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 105 – 106.

15 Roelofs 2010-III, p. 147.

holding-SE als bedoeld in artikel 2 lid 2 SE-Verordening of de vorming van een dochter-SE als bedoeld in artikel 2 lid 3 SE-Verordening.¹⁶

Wat betreft de splitsingen waarvoor het vereiste van ‘dezelfde’ rechtsvorm niet geldt, zoals bij de splitsing in de zin van artikel 2:334b lid 4 BW, ligt de bepaling of sprake is van ‘dezelfde’ rechtsvorm moeilijker. Een lijst van rechtsvormen die als gelijkwaardig of gelijkaardig kunnen beschouwd voor stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen bestaat immers niet, noch in enige Europese verordening, noch in enige Europese richtlijn. Bovendien zijn deze rechtsvormen niet op enigerlei wijze geharmoniseerd door middel van enige regelgeving op Europees niveau. Niettemin is denkbaar dat bepaald kan worden of een Duitse Verein kan worden aangemerkt als een rechtsvorm gelijkwaardig of gelijkaardig aan een Nederlandse vereniging. Gekeken zal dan bijvoorbeeld moeten worden naar de materiële kenmerken van bijvoorbeeld de vorm en de inhoud van de lidmaatschapsrechten. Wanneer is bepaald dat de Duitse Verein kan worden aangemerkt als een rechtsvorm gelijkwaardig of gelijkaardig aan een Nederlandse vereniging, zie ik vanuit Nederlands perspectief geen bezwaar wanneer een Duitse Verein vermogen afsplitst en in het kader van deze splitsing een door Nederlands recht beheerste besloten of naamloze vennootschap wordt opgericht en de Duitse Verein de aandelen van de besloten of naamloze vennootschap verkrijgt. Vanuit Nederlands oogpunt valt deze vorm van splitsing in ieder geval binnen de reikwijdte van artikel 2:334b lid 2 BW.

Dit alles neemt echter niet weg dat een Europese lijst van rechtspersonen die onderling als gelijkwaardig kunnen worden beschouwd, een welkome aanvulling zou zijn. Het opstellen van zo een lijst is in het verleden al eens geopperd door leden van de VVD-fractie in het kader van de parlementaire behandeling van de wetgeving ter implementatie van de Tiende richtlijn. De minister van Justitie heeft daarop geantwoord dat een dergelijke lijst destijds niet voorhanden was en de Europese Commissie niet aan zo een lijst werkte.¹⁷ Naar mijn weten bestaat zo een lijst nog steeds niet en wordt daaraan ook niet gewerkt. Een dergelijke lijst zou niet alleen een welkome aanvulling en nuttig zijn bij grensoverschrijdende splitsing, maar ook voor grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn vallen.¹⁸

6.1.3 Insolventieprocedures

Of een rechtspersoon betrokken kan zijn bij een (grensoverschrijdende) splitsing terwijl hij in een insolventieprocedure is verwickeld, hangt af van het op die rechtspersoon toepasselijke recht, de *lex societatis*.

¹⁶ Roelofs 2010-III, p. 145 – 147 en paragraaf 4.4.5.

¹⁷ *Kamerstukken I*, 2007/2008, 30 929, nr. E, p. 2.

¹⁸ Van Eck en Roelofs 2008, p. 88.

Een eventuele insolventieprocedure waarin een rechtspersoon verwickeld is, hoeft niet in de weg te staan aan een nationale en ook niet aan een grensoverschrijdende splitsing. De lidstaten hoeven de Zesde richtlijn niet toe te passen wanneer de gesplitste vennootschap is gewikkeld in een faillissement, akkoord of andere soortgelijke procedure, maar zij mogen dat wel. De Nederlandse wetgever heeft in artikel 2:334b lid 6 BW bepaald dat een rechtspersoon niet partij mag zijn bij een splitsing gedurende faillissement of surséance van betaling, tenzij alle verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing opgerichte naamloze vennootschappen of besloten vennootschappen zijn en de splitsende rechtspersoon daarvan bij de splitsing de enig aandeelhouder wordt (artikel 2:334b lid 7 BW).

Een Nederlandse rechtspersoon mag, op basis van het voorschrift van artikel 2:334b lid 6 BW, naar mijn mening ook niet betrokken zijn bij een grensoverschrijdende splitsing gedurende faillissement of surseance van betaling. Deze bepaling ziet zowel op de splitsende rechtspersoon als op de verkrijgende rechtspersoon: een door Nederlands recht beheerste rechtspersoon kan niet grensoverschrijdend gesplitst worden en kan niet optreden als een verkrijgende rechtspersoon bij een grensoverschrijdende splitsing. Dat is naar mijn mening anders indien aan de uitzondering van artikel 2:334b lid 7 BW is voldaan. Op basis van deze uitzondering mag de splitsende rechtspersoon wel in faillissement of surseance van betaling verkeren. Ik zie geen problemen wanneer bij een splitsing op basis van artikel 2:334b lid 7 BW als verkrijgende vennootschap een naamloze of besloten vennootschap optreedt die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat. Een voorbeeld hiervan is de grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste en in staat van faillissement verkerende stichting en een verkrijgende door Duits recht beheerste Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

In de Memorie van Toelichting bij de splitsingswetgeving is te lezen dat bij de splitsing in de zin van artikel 2:334b lid 7 BW de vermogenstoestand van de rechtspersoon in faillissement of surseance van betaling per saldo niet verandert.¹⁹ In plaats van de afgesplitste activa heeft de splitsende rechtspersoon na het van kracht worden van de splitsing immers aandelen op zijn balans staan. Ik zie niet in waarom bij deze splitsing de verkrijgende rechtspersoon geen naamloze of besloten vennootschap zou kunnen zijn die wordt beheerst door het recht van een andere staat. Als enige voorwaarde hierbij zie ik dat het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap – in het geval van het hiervoor gegeven voorbeeld het Duitse recht – zich niet verzet tegen de betrokkenheid van deze vennootschap bij deze splitsing.

De regel dat een door Nederlands recht beheerste rechtspersoon in beginsel niet partij mag zijn bij een (grensoverschrijdende) splitsing wanneer deze in faillissement of surseance van betaling verkeert, is ingegeven vanuit bescherming van crediteuren van de splitsende rechtspersoon.²⁰ In het Nederlandse insolventierecht

¹⁹ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 6.

²⁰ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 6.

zijn slechts het faillissement en de surseance van betaling bekende vormen van insolventieprocedures. In de wetgevingen van andere lidstaten van de EU zijn ook andere – en soms lichtere – vormen van insolventieprocedures bekend. Het kan voorkomen dat een door Nederlands recht beheerste rechtspersoon is verwickeld in een insolventieprocedure, die zijn basis heeft in het recht van een andere lidstaat.

Op basis van de EG-Insolventieverordening²¹ is de rechter van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen zijn, bevoegd een insolventieprocedure te openen (artikel 3 lid 1 EG-Insolventieverordening). De EG-Insolventieverordening gaat uit van het principe dat vermoed wordt dat het centrum van de voornaamste belangen van een vennootschap of rechtspersoon gelegen is in de staat van de statutaire zetel van die vennootschap of rechtspersoon. Dit is anders indien het tegendeel wordt bewezen. Wanneer het centrum van de voornaamste belangen van een door Nederlands recht beheerste vennootschap of rechtspersoon in een andere lidstaat dan Nederland ligt, kan in die andere lidstaat een insolventieprocedure worden geopend ten aanzien van de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied van die lidstaat bevinden (artikel 3 lid 2 EG-Insolventieverordening). Indien een door Nederlands recht beheerste vennootschap is verwickeld in één van de insolventieprocedures die hun basis hebben in het recht van een andere lidstaat en zijn opgesomd in Bijlage A van de EG-Insolventieverordening, zou ik, gezien de gelijkaardigheid van deze procedures met het Nederlandse faillissement en de surseance van betaling, voorzichtigheidshalve willen aannemen dat een grensoverschrijdende splitsing van een vennootschap die in zo een procedure is verwickeld is, niet mogelijk is.

6.1.4 Beklemd vermogens

Nederlandse rechtspersonen kunnen een ‘gebonden’ of ‘beklemd’ vermogen hebben. Dat beklemd vermogen ontstaat wanneer een stichting wordt omgezet in een andere rechtsvorm, zoals een naamloze of besloten vennootschap. Bij omzetting schrijft artikel 2:18 lid 6 BW voor dat na de omzetting uit de statuten moet blijken dat het vermogen dat de rechtspersoon bij de omzetting heeft en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven.²² In de laatste zin van artikel 2:18 lid 6 BW is bepaald dat ‘hetzelfde geldt voor de statuten van een rechtspersoon voor zover dit vermogen en deze vruchten daarop krachtens fusie of splitsing zijn overgegaan’. Ook bij een opvolgende fusie of splitsing is de gebondenheid van dit vermogen krachtens dit wetsartikel gewaarborgd.²³

21 Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, PB L 160 van 30 juni 2000, p. 1 – 18.

22 Zie hierover uitgebreid: Snijder-Kuipers 2010, p. 123 – 124.

23 Snijder-Kuipers 2010, p. 131.

De laatste zin van artikel 2:18 lid 6 BW ziet alleen op fusie en splitsing van een niet-stichting, volgend op een omzetting.²⁴ Bij een afsplitsing van een stichting in de zin van artikel 2:334b lid 4 BW kunnen naamloze of besloten vennootschappen worden opgericht. Een bepaling die vergelijkbaar is met artikel 2:18 lid 6 BW bij splitsing in de zin van artikel 2:334b lid 4 BW bestaat niet. Zo een bepaling is niet opgenomen in de Titel 2.7 BW. Ook voor de voorgestelde statuten van de verkrijgende vennootschap(en), zoals die zullen luiden na het van kracht worden van de splitsing en welke dienen te worden opgenomen bij het voorstel tot splitsing, is niet voorgeschreven dat deze moeten voorzien in het bestaan en de instandhouding van een beklemd vermogen. Wellicht heeft de wetgever deze mogelijkheid van splitsing over het hoofd gezien bij de bescherming van beklemd vermogens of is uitgegaan van de veronderstelling dat, nu bij de splitsing in de zin van artikel 2:334b lid 4 BW de stichting de aandelen van de verkrijgende naamloze/en of besloten vennootschap(en) verkrijgt, een bepaling als artikel 2:18 lid 6 BW niet noodzakelijk is. De aandelen treden immers in de plaats van de andere afgesplitste activa en passiva. Dat neemt echter naar mijn mening niet weg dat door toepassing van de splitsing in de zin van artikel 2:334b lid 4 BW beklemd vermogen ‘uit de vermogensklem’ kan worden gehaald.

Het is mogelijk dat een rechtspersoon, die voor de omzetting een stichting was, betrokken is bij een grensoverschrijdende splitsing als splitsende rechtspersoon. De vraag die vervolgens opkomt, is wat de status is van het beklemd vermogen. Ten aanzien van grensoverschrijdende fusie heeft Van Boxel opgemerkt dat artikel 2:18 lid 6 BW *extraterritoriale werking* heeft en dat het beklemd vermogen ook na een grensoverschrijdende fusie bij de verkrijgende, buitenlandse kapitaalvennootschap beklemd blijft. Volgens hem werkt de vermogensklem van rechtswege.²⁵ Hij wijst er wel op dat de ‘materiële naleving’ van het beklemd vermogen lastig zal zijn, omdat de statuten van de verkrijgende vennootschap de vermogenskembepaling niet zullen bevatten en overtreding van het verbod het vermogen anders te besteden dan voorschreven in de statuten niet effectief gesanctioneerd kan worden. Boschma en Snijder-Kuipers zijn van mening dat artikel 2:18 lid 6 BW niet over de landsgrenzen heen werkt en geen extraterritoriale werking heeft. Naar hun mening zou, voor effectief behoud van het beklemd vermogen, een regeling op Europees niveau getroffen moeten worden.²⁶

Ik kan de visie van Boschma en Snijder-Kuipers onderschrijven. Naar mijn mening heeft artikel 2:18 lid 6 BW geen extraterritoriale werking en werkt deze bepaling niet over de Nederlandse landsgrenzen heen. Als dat wel zo zou zijn, zouden bepalingen van Nederlands recht toegepast worden op een rechtspersoon die wordt beheerst door het recht van een andere staat. Dat staat op gespannen voet met

24 Zie *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 25 en Snijder-Kuipers 2010, p. 132.

25 Van Boxel 2011, p. 382 – 387.

26 Boschma en Snijder-Kuipers 2011, p. 58, 59.

de erkenning van die buitenlandse rechtspersoon en het toepasselijke recht op die rechtspersoon en is naar mijn mening zelfs een ongeoorloofde inbreuk op die erkenning. De enige mogelijkheid die ik zie voor het behoud van het beklemd vermogen is het bij een statutenwijziging in het kader van de splitsing opnemen van een bepaling in de statuten van de verkrijgende rechtspersoon omtrent het bestaan van het beklemd vermogen en het behoud van dat vermogen na de grensoverschrijdende splitsing. In de statuten zou dan ook moeten worden opgenomen dat die bepaling niet gewijzigd kan worden. Ik besef dat dat een zeer gekunstelde constructie is die niet de gewenste zekerheid geeft ten aanzien van het beklemd vermogen, omdat de statuten van de verkrijgende vennootschap – beheerst door het recht van een andere staat – vervolgens toch nog gewijzigd zouden kunnen worden, waarbij de desbetreffende bepaling wordt geschrapt. Concluderend: bij een grensoverschrijdende splitsing kan het beklemd vermogen worden afgeschud. De Nederlandse wetgeving en met name artikel 2:18 lid 6 BW kan niet worden toegepast op de verkrijgende rechtspersoon die wordt beheerst door het recht van een andere staat. In ieder geval staat de aanwezigheid van een beklemd vermogen niet in de weg aan de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing.

Op legislatief terrein zou getracht kunnen worden het beklemd vermogen te waarborgen door op Europees niveau een regeling hieromtrent te treffen. De Nederlandse wetgever zou op zijn beurt kunnen bepalen dat een rechtspersoon met een beklemd vermogen niet grensoverschrijdend kan splitsen. Op die manier zou getracht kunnen worden het beklemd vermogen binnen de reikwijdte van de Nederlandse wetgeving te houden. Dat zou de Nederlandse wetgever kunnen bepalen voor alle rechtspersonen, met uitzondering van de naamloze vennootschap. De Zesde richtlijn is immers van toepassing op de naamloze vennootschap en de Zesde richtlijn voorziet niet in de mogelijkheid tot uitsluiting van de mogelijkheid tot splitsing voor naamloze vennootschappen met een beklemd vermogen. Voor andere rechtspersonen dan naamloze vennootschappen zou de Nederlandse wetgever kunnen bepalen dat deze niet grensoverschrijdend kunnen splitsen als deze een beklemd vermogen hebben. Eenzelfde soort bepaling is opgenomen in het prevoorstel van de Wet betreffende grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen dat is opgesteld door de Commissie Vennootschapsrecht.²⁷ In dat pre-wetsvoorstel is opgenomen dat vennootschappen met een beklemd vermogen in de zin van artikel 2:18 lid 6 BW niet grensoverschrijdend kunnen worden omgezet.²⁸

Het is echter naar mijn mening maar de vraag of een dergelijke – radicale – bepaling, waardoor grensoverschrijdende splitsing van vennootschappen met een beklemd vermogen *in het algemeen* onmogelijk wordt gemaakt, de toets van de

27 Brief van de Commissie Vennootschapsrecht aan de minister van Veiligheid en Justitie, 12 februari 2012, gepubliceerd op 7 september 2012 op www.rijksoverheid.nl. Bij de brief van de Commissie Vennootschapsrecht is een concept van een voorstel van wet en een concept van de Memorie van Toelichting gevoegd.

28 Roelofs en Van Eck 2013-I, p. 298.

vrijheid van vestiging kan doorstaan.²⁹ Naar mijn verwachting zal een regeling die het een vennootschap met een beklemd vermogen *in het algemeen* onmogelijk maakt grensoverschrijdend te splitsen al snel in strijd zijn met de vrijheid van vestiging. Niet goed valt in te zien waarom het voor vennootschappen met een beklemd vermogen *in het algemeen* onmogelijk zou zijn grensoverschrijdend te splitsen, als bijvoorbeeld (i) het beklemd vermogen na de grensoverschrijdende splitsing op gelijke wijze zal worden aangewend als voorafgaande aan de grensoverschrijdende splitsing en (ii) geen algemeen belang is gediend met de instandhouding van het beklemd vermogen – zoals bijvoorbeeld het algemene belang van de instandhouding van essentiële energievoorzieningen. Of een verbod tot grensoverschrijdende splitsing voor vennootschappen met een beklemd vermogen de toets van de vrijheid van vestiging kan doorstaan, zal door het Hof van Justitie van de EU in een prejudiciële procedure kunnen worden beantwoord.

Daarnaast zou de uitsluiting van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing voor rechtspersonen met een beklemd vermogen weinig effectief zijn: de uitsluiting zou immers eenvoudig omzeild kunnen worden door de betreffende rechtspersoon eerst overeenkomstig artikel 2:18 BW om te zetten in een naamloze vennootschap en vervolgens de naamloze vennootschap grensoverschrijdend te splitsen.

Boschma en Schutte Veenstra hebben ten aanzien van grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen met een beklemd vermogen geopperd tot introductie van ‘een veiligheidsklep’ ter waarborging van het beklemd vermogen. Deze veiligheidsklep is minder drastisch dan een algehele uitsluiting van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap met een beklemd vermogen en bestaat uit de introductie van hetzij (i) een rechterlijke machtiging voor grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap met een beklemd vermogen, hetzij (ii) een verzetrecht van de minister van Veiligheid en Justitie voor een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap met een beklemd vermogen. Volgens Boschma en Schutte-Veenstra is zo een veiligheidsklep proportioneel en beoogt concrete gevallen van misbruik tegen te gaan.³⁰

Voornoemde ‘veiligheidskleppen’ zouden ook door de wetgever kunnen worden toegepast bij grensoverschrijdende splitsing van vennootschappen met een beklemd vermogen. Of deze veiligheidskleppen – bestaande uit een rechterlijke machtiging, dan wel de verzetmogelijkheid van de minister van Veiligheid en Justitie – proportioneel zijn, zal naar mijn mening niet alleen afhankelijk zijn van de opzet van de regeling, maar ook van het gebruik daarvan in de praktijk.

²⁹ Zie tevens, zij het ten aanzien van grensoverschrijdende omzetting: Boschma 2013, p. 357 – 367.

³⁰ Boschma en Schutte-Veenstra 2014, p. 17.

6.1.5 Ontbonden rechtspersonen

Krachtens het Nederlandse recht mag een ontbonden rechtspersoon niet partij zijn bij een splitsing, indien reeds uit hoofde van de vereffening een uitkering is gedaan (artikel 2:334b lid 5 BW).³¹ Deze bepaling is gebaseerd op artikel 2 lid 2 Zesde richtlijn jo. artikel 3 lid 2 Richtlijn 2011/35/EU. Op basis van deze bepaling in de Zesde richtlijn kunnen lidstaten bepalen dat splitsing ook kan plaatsvinden indien de gesplitste vennootschap in vereffening is, mits nog geen begin is gemaakt met de vereffening van het vermogen. De Nederlandse wetgever heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en de bepaling opgenomen in artikel 2:334b lid 5 BW. Vanuit Nederlands perspectief bestaat naar mijn mening geen beletsel een ontbonden rechtspersoon grensoverschrijdend te splitsen, tenzij reeds uit hoofde van de vereffening een uitkering is gedaan. Omgekeerd kan ook een Nederlandse rechtspersoon optreden als verkrijgende rechtspersoon indien een door het recht van een andere lidstaat ontbonden rechtspersoon, welke nog niet in vereffening is, wordt gesplitst. Of die ontbonden rechtspersoon – welke wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat – gesplitst kan worden onder die omstandigheid, hangt af van het op die rechtspersoon toepasselijke recht.

6.1.6 Vermogensvereisten

De Nederlandse wet stelt eisen aan het vermogen van de splitsende rechtspersoon en de verkrijgende rechtspersoon na de splitsing. Deze vermogensvereisten hebben geen basis in de Zesde richtlijn en zijn een creatie van de Nederlandse wetgever. De vermogensvereisten zijn neergelegd in artikel 2:334d BW en artikel 2:334w BW.³²

Artikel 2:334d BW ziet op de splitsing waarbij de verkrijgende rechtspersoon geen naamloze of besloten vennootschap is, zoals bijvoorbeeld een stichting of een vereniging. Voor de verkrijgende rechtspersoon bepaalt artikel 2:334d BW dat de waarde van het deel van het vermogen van de splitsende rechtspersoon dat de verkrijgende rechtspersoon verkrijgt ten tijde van de splitsing ten minste nul moet zijn. Hetzelfde geldt voor de waarde van het deel van het vermogen dat de voortbestaande splitsende rechtspersoon behoudt, vermeerderd met de waarde van aandelen in het kapitaal van verkrijgende rechtspersonen die hij bij de splitsing verkrijgt.

Voor de splitsing waarbij een naamloze of besloten vennootschap wordt gesplitst of opgericht bepaalt artikel 2:334w BW dat ten tijde van de splitsing de waarde van het deel van het vermogen dat de voortbestaande splitsende vennootschap behoudt vermeerderd met de waarde van aandelen in het kapitaal van verkrijgende rechtspersonen die zij bij de splitsing verkrijgt, ten minste overeen moet komen met het

³¹ Zie tevens: Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 95.

³² Overigens levert het niet voldoen aan de vermogensvereisten zoals opgenomen in artikel 2:334d BW en artikel 2:334w BW geen grond voor vernietiging van de splitsing op basis van artikel 2:334u BW.

gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die de vennootschap onmiddellijk na de splitsing krachtens de wet of de statuten moet aanhouden.

De in deze artikelen neergelegde vermogensvereisten werken naar mijn mening ook door bij een grensoverschrijdende splitsing, maar niet onbeperkt. Dat wil zeggen: de in deze artikelen neergelegde eisen kunnen slechts gelden voor de bij de splitsing betrokken rechtspersonen die worden beheerst door Nederlands recht. Wat betreft artikel 2:334d BW kunnen de daarin neergelegde vermogensvereisten slechts worden toegepast op de door Nederlands recht beheerste splitsende of verkrijgende rechtspersoon, niet zijnde een naamloze of besloten vennootschap. Wat betreft artikel 2:334w BW vinden de daarin neergelegde regels slechts toepassing op de splitsende door Nederlands recht beheerste naamloze of besloten vennootschap. Deze bepalingen hebben geen extraterritoriale werking in de zin dat ze van toepassing kunnen zijn op een verkrijgende of splitsende rechtspersoon die wordt beheerst door het recht van een andere staat. Dat zou bovendien een inbreuk betekenen op de erkenning van die buitenlandse rechtspersoon.

Uiteraard kunnen krachtens het recht dat van toepassing is op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken rechtspersonen ook vermogensvereisten van toepassing zijn. Ook hierbij geldt naar mijn mening dat deze vermogensvereisten alleen kunnen worden toegepast op de rechtspersonen die ressorteren onder dat recht en kunnen deze vermogensvereisten niet worden toegepast op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken rechtspersoon of rechtspersonen die wordt of worden beheerst door Nederlands recht.

6.2 Voorwaarden betreffende grensoverschrijdende splitsing ten aanzien van vormen van splitsing

Toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing betekent nog niet dat alle mogelijke vormen van splitsing, die bekend zijn in het nationale recht van alle lidstaten, ook grensoverschrijdend kunnen worden toegepast. De vrijheid van vestiging werkt immers niet zo ver door dat onbekende vormen van splitsing door middel van grensoverschrijdende toepassing kunnen worden geïntroduceerd in het recht van een andere lidstaat. Om die reden moet naar mijn mening een vorm van splitsing bekend zijn in alle staten waarvan het recht van toepassing is op de rechtsvormen die bij de grensoverschrijdende splitsing zijn betrokken.

Een nauwkeurig onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds vormen van splitsing, zoals bijvoorbeeld de zuivere splitsing, en anderzijds 'subvormen van splitsing' die in de literatuur als vormen van splitsing worden aangeduid maar in feite slechts een vereenvoudiging van de procedure tot splitsing zijn, zoals de moeder-dochter-splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW en de evenredige splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 2 BW.

6.2.1 Zuivere splitsing

De meest ultieme basisvorm van splitsing is de zuivere splitsing, zoals opgenomen in artikel 2:334a lid 2 BW en in artikel 1 en 2 Zesde richtlijn. Zoals vermeld in paragraaf 2.1, heeft de Zesde richtlijn een facultatief karakter. Implementatie van de Zesde richtlijn is optioneel, echter als lidstaten de rechtshandeling splitsing toestaan, moet de nationale wetgeving in overeenstemming zijn met de Zesde richtlijn. Inmiddels kennen, anno 2013, de wetgevingen van alle lidstaten van de EU de splitsing. Dat betekent dat ten minste alle lidstaten de zuivere splitsing kennen en dat die vorm van splitsing – als meest ultieme vorm van splitsing – ook grensoverschrijdend kan worden toegepast binnen de lidstaten van de EU. Lidstaten hebben nog steeds de mogelijkheid ofwel de splitsing door overneming te regelen, dan wel de splitsing door oprichting van een nieuwe vennootschap, dan wel een combinatie van beide. Ik ga uit van het standpunt dat bij grensoverschrijdende splitsing de rechtsstelsels van alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen de vorm van zuivere splitsing door overneming of oprichting moeten kennen. Dat uitgangspunt biedt ook de meeste rechtszekerheid en leidt bij grensoverschrijdende toepassing niet tot de introductie van een onbekende vorm van splitsing in een andere lidstaat.

Kent het recht dat van toepassing is op de splitsende rechtspersoon de splitsing door oprichting wel en het recht dat van toepassing zou moeten zijn op de nieuw op te richten rechtspersoon niet, dan is naar mijn mening moeilijk in te zien wat de basis zou moeten zijn van de oprichting van de verkrijgende, nieuw op te richten rechtspersoon.³³ De vrijheid van vestiging werkt immers niet zo ver dat deze vorm van splitsing kan worden geïntroduceerd in het recht van een andere lidstaat.³⁴

6.2.2 Afsplitsing

Hetzelfde als hiervoor is beschreven ten aanzien van zuivere splitsing, geldt naar mijn mening ook voor afsplitsing, welke is opgenomen in het Nederlandse recht in artikel 2:334a lid 3 BW en in artikel 25 Zesde richtlijn. Ook die vorm van splitsing moet bekend zijn in zowel het recht van de staat dat van toepassing is op de splitsende rechtspersoon als het recht dat van toepassing is op de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen.

33 In dezelfde zin: Van Veen 2013-I, p. 524. Volgens Van Veen ligt het voor de hand om bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde splitsingsvariant is toegelaten, aansluiting te zoeken bij hetzelfde uitgangspunt dat thans wordt aangenomen ten aanzien van de grensoverschrijdende fusie: een grensoverschrijdende splitsing kan alleen worden uitgevoerd indien en voor zover het recht dat op de splitsende en het recht dat op de verkrijgende vennootschap van toepassing is, deze figuur in een nationale context kennen. Deze rechtsstelsels bepalen de werkingsvoorwaarden van de splitsende en de verkrijgende vennootschap en, bij een splitsing door oprichting, de oprichting van de verkrijgende vennootschap.

34 De Wulf 2006, p. 9.

6.2.3 Splitsing en bijbetaling

Binnen de reikwijdte van de Zesde richtlijn valt de splitsing waarbij een bijbetaling is toegestaan hoger dan 10% van de nominale waarde van de toegekende aandelen (artikel 24 Zesde richtlijn). De Nederlandse wetgever heeft deze vorm van splitsing niet opgenomen in de Nederlandse wetgeving. Krachtens het Nederlandse recht is in het kader van een splitsing slechts een bijbetaling van 10% van de het nominale bedrag van de toegekende aandelen toegestaan (artikel 2:334x lid 2 BW). De Nederlandse wetgever heeft hiervoor waarschijnlijk gekozen omdat splitsing met een hogere bijbetaling te veel elementen zou krijgen van een koop en het ruilkarakter (aandelen in de verkrijgende vennootschap tegen aandelen in de splitsende vennootschap) – althans gedeeltelijk – verloren gaat.³⁵ Het is, gezien deze regeling, naar mijn mening onmogelijk dat in het kader van een grensoverschrijdende splitsing een door Nederlands recht beheerste verkrijgende vennootschap overgaat tot een bijbetaling hoger dan 10% van het nominale bedrag van de toegekende aandelen.

Bij een grensoverschrijdende fusie is een bijbetaling van meer dan 10% van het nominale bedrag van de toegekende aandelen eveneens niet toegestaan (artikel 2:325 lid 2 BW). Zaman heeft opgemerkt dat wanneer een door Nederlands recht beheerste vennootschap in het kader van een grensoverschrijdende fusie ophoudt te bestaan en krachtens het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap een bijbetaling van meer dan 10% is toegestaan, zoals in het Finse, Zweedse en Engelse recht, de grensoverschrijdende fusie met een bijbetaling van meer dan 10% kan plaatsvinden, omdat de Nederlandse notaris bij deze outbound grensoverschrijdende fusie in het attest in de zin van artikel 2:333i lid 4 BW geen verklaring hoeft af te geven over het bedrag van de bijbetaling.³⁶ Van Veen heeft echter een andere visie: hij is van mening dat de visie dat de bijbetalingsregeling zich uitsluitend richt tot de verkrijgende vennootschap niet zonder meer juist is. Volgens hem is de bijbetaling een onderdeel van het voorstel tot fusie en daarmee richt deze regel zich ook tot de verdwijnende vennootschap. Dat ligt volgens hem ook voor de hand ‘om het juist de aandeelhouders van laatstgenoemde vennootschap aangaat’. Hij lijkt hierbij mede een belang toe te kennen aan de bescherming van minderheidsaandeelhouders.

Hetgeen Zaman heeft opgemerkt ten aanzien van grensoverschrijdende fusie en bijbetaling, geldt naar mijn mening ook ten aanzien van grensoverschrijdende

35 Ik merk hierbij op dat deze argumentatie niet in de parlementaire behandeling van de splitsingswetgeving aan bod is genomen, maar wel in de parlementaire behandeling van de fusiewetgeving. Wat betreft fusie werd door de minister van Justitie opgemerkt dat de bepaling betreffende de bijbetaling van maximaal 10% van het nominale bedrag van de toegekende aandelen een grens trekt tussen wat nog als een fusie kan worden beschouwd en wat als een koop van aandelen. Zie hiervoor: *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 453, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 5. Gezien de overeenkomsten tussen fusie en splitsing ga ik er vanuit dat dezelfde argumentatie ten grondslag heeft gelegen aan artikel 2:334x lid 2 BW en de daarin opgenomen maximale bijbetaling.

36 Zaman 2007, p. 120.

splitsing en bijbetaling indien de door Nederlands recht beheerste vennootschap grensoverschrijdend wordt gesplitst en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) een bijbetaling van meer dan 10% toestaat. Van doorslaggevend belang is naar mijn mening dat de toekenning van de aandelen en de eventuele bijbetaling in dat kader een onderwerp is dat wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap en niet door het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, ook al wordt de bijbetaling vermeld in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing.

6.2.4 *Hybride splitsing*

De hybride splitsing, zoals opgenomen in artikel 2:334c lid 2 BW en besproken in paragraaf 3.8.3, heeft geen directe basis in de Zesde richtlijn. Deze vorm van splitsing is een creatie van de Nederlandse wetgever en valt niet onder de reikwijdte van de Zesde richtlijn, omdat aandelen in de verkrijgende vennootschap worden toegekend aan de splitsende vennootschap zelf en niet aan de aandeelhouder(s) van de splitsende vennootschap.

Vanuit Nederlands perspectief kan naar mijn mening de hybride splitsing zonder meer grensoverschrijdend toegepast worden. Vanuit het perspectief van andere rechtsstelsels die van toepassing zijn op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen zal dat lastiger zijn, omdat geen aandelen worden toegekend aan de aandeelhouder(s) van de splitsende vennootschap. Een bekendheid met een vorm van hybride splitsing, waarbij aandelen worden toegekend aan de splitsende rechtspersoon zelf in plaats van aan de aandeelhouder van de splitsende vennootschap, zie ik als een voorwaarde voor het grensoverschrijdend kunnen toepassen van de hybride splitsing. Een voorbeeld van bekendheid met deze vorm van splitsing is de in § 152 van het Duitse Umwandlungsgesetz opgenomen ‘Ausgliederung’, zoals besproken in paragraaf 4.3.3.2e en paragraaf 4.5.6.. Een ‘Ausgliederung’ is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met een hybride splitsing in de zin van artikel 2:334c lid 2 BW. In combinatie met een Ausgliederung zie ik geen problemen tot een grensoverschrijdende toepassing van deze splitsingsvariant.³⁷

6.2.5 *Driehoekssplitsing*

De driehoekssplitsing, zoals opgenomen in artikel 2:334ii BW, is, net als de hybride splitsing, een vinding van de Nederlandse wetgever. Bij mijn weten is de driehoekssplitsing alleen bekend in het Nederlandse recht.³⁸ Hoewel een basis voor de driehoekssplitsing ontbreekt in de Zesde richtlijn, bestaat vanuit Nederlands

³⁷ Zie, zij het iets voorzichtiger: Storm 2009, p. 336.

³⁸ Zie tevens: Koster 2009, p. 263.

perspectief naar mijn mening geen enkel beletsel de driehoekssplitsing ook in grensoverschrijdende situaties toe te passen.³⁹

De onbekendheid met de driehoekssplitsing in andere lidstaten maakt de grensoverschrijdende toepassing van de driehoekssplitsing wel lastig, zo niet onmogelijk, aangezien de vrijheid van vestiging niet zo ver doorwerkt dat daarmee onbekende vormen van splitsing worden geïntroduceerd in het recht van andere staten. De driehoekssplitsing is niet vergelijkbaar met een normale vorm van splitsing, omdat niet de verkrijgende vennootschap aandelen toekent aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap maar een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap. Storm heeft verdedigd dat grensoverschrijdende toepassing van de driehoekssplitsing geen probleem is, aangezien het verschil tussen een gewone splitsing en een driehoekssplitsing – toekenning van aandelen door een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap in plaats van door de verkrijgende vennootschap zelf – volgens hem gering is.⁴⁰ Naar mijn mening gaat dit toch wel wat ver. Wanneer de Nederlandse vennootschap splitst, zie ik geen problemen wanneer een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap aandelen toekent aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap, mits het recht van de andere staat, dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap en/of de groepsmaatschappij zich niet verzet tegen deze driehoekssplitsing. Omgekeerd zie ik ook geen problemen wanneer een door Nederlands recht beheerste groepsmaatschappij aandelen toekent in het kader van een grensoverschrijdende splitsing van een vennootschap beheerst door het recht van een andere lidstaat. Echter, wanneer het recht dat van toepassing is op één van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen de driehoekssplitsing niet toestaat en zich daadwerkelijk verzet tegen deze vorm van splitsing, kan de driehoekssplitsing naar mijn mening niet grensoverschrijdend toegepast worden.

6.2.6 Ruziesplitsing

De ‘ruziesplitsing’, ook wel ‘aandeelhouderssplitsing’ genoemd, opgenomen in artikel 2:334cc BW, heeft, in tegenstelling tot de driehoekssplitsing, wel een (zij het indirecte) basis in de Zesde richtlijn.⁴¹ De Zesde richtlijn staat toe dat de aandeelhouders van de splitsende vennootschap in een andere verhouding tot elkaar aandeelhouder zijn van de verkrijgende vennootschap dan bij de gesplitste vennootschap het geval was (zie tevens artikel 17 lid 1 sub b jo. artikel 3 lid 2 sub i Zesde richtlijn en par. 2.7.2.). Deze vorm van splitsing kan ook wel worden aangeduid als ‘onevenredige splitsing’. De Nederlandse wetgever geeft expliciet de mogelijkheid

39 De Nederlandse wetgever dacht hier ten tijde van de implementatie van de Tiende richtlijn net zo over en heeft de grensoverschrijdende inbound-driehoeksfusie opgenomen in artikel 2:333c lid 3 BW. Zie hierover tevens: Van Eck en Roelofs 2008, p. 87.

40 Storm 2009, p. 336.

41 Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 117.

een andere verhouding te kiezen bij zuivere splitsing waarbij de aandeelhouders geheel ‘uit elkaar worden gehaald’ (artikel 2:334cc BW).

Naar Nederlands recht is niet geheel zeker of een afwijkende verhouding tussen de aandeelhouders na de splitsing (een ‘onevenredige splitsing’) mogelijk is of niet (zie tevens paragraaf 3.8.5). Enerzijds kan verdedigd worden dat, (i) omdat de Zesde richtlijn onevenredige splitsing toestaat, (ii) de Nederlandse wet niet expliciet evenredigheid voorschrijft en (iii) de meerwaarde van de uitgebreide procedure tot splitsing gering is ten opzichte van de vereenvoudigde procedure bij evenredige splitsing als bedoeld in artikel 2:334hh lid 2 BW, onevenredige splitsingen zijn toegestaan onder het Nederlandse recht. Anderzijds kan verdedigd worden dat onevenredige splitsingen niet toegestaan zijn omdat alleen artikel 2:334cc BW in bepaalde gevallen voorziet in de mogelijkheid tot ruziesplitsing (die kan worden gekenmerkt als de ‘ultieme onevenredige splitsing’) en voorts de Nederlandse wet geen voorzieningen bevat omtrent onevenredige splitsingen.

Bij een grensoverschrijdende toepassing van de ruziesplitsing doet zich de vraag voor of deze vorm van splitsing gebruikt kan worden wanneer het recht dat van toepassing is op de andere bij de splitsing betrokken vennootschappen niet een strikte scheiding tussen aandeelhouders kennen, maar ook toestaat dat de aandeelhouders in een andere verhouding tot elkaar aandeelhouder zijn na de splitsing dan voor de splitsing het geval was. Een voorbeeld hiervan is wanneer aandeelhouder 1 en aandeelhouder 2 40%, respectievelijk 60% van de aandelen houden in een door Nederlands recht beheerste besloten vennootschap, terwijl zij na de splitsing ieder 50% van de aandelen houden.

Deze splitsing zoals weergegeven in het voorgaande voorbeeld zou niet in overeenstemming zijn met artikel 2:334cc BW. Echter, naar mijn mening wordt de toekenning van de aandelen in het kader van een splitsing beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen). Is krachtens dat recht toegestaan dat aandeelhouders na de splitsing in een andere verhouding tot elkaar gerechtigd zijn tot de aandelen van de verkrijgende vennootschap(pen) dan voor de splitsing tot de aandelen van de splitsende vennootschap, dan zie ik weinig problemen deze grensoverschrijdende splitsing te effectueren. Bovendien zie ik weinig verschil tussen het geval van een – vanuit Nederlands perspectief – onevenredige outbound grensoverschrijdende splitsing en de in paragraaf 6.2.3. beschreven vorm van outbound grensoverschrijdende splitsing, waarbij een Nederlandse vennootschap splitst en in het kader van de splitsing bij de verkrijgende vennootschap(pen) een bijbetaling plaatsvindt hoger dan 10% van de nominale waarde van de toegekende aandelen.

6.3 Rechtsvergelijking grensoverschrijdende splitsingsregelingen

6.3.1 Luxemburgse wetgeving

De Luxemburgse wetgeving over grensoverschrijdende splitsing bevat slechts één bepaling (artikel 285 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales), welke besproken is in paragraaf 4.4.1. Een vennootschap met rechtspersoonlijkheid of een *groupement d'intérêt économique* – een economisch samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid – kan partij kan zijn bij een grensoverschrijdende splitsing met een vennootschap of een economisch samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid die wordt beheerst door het recht van een andere staat.

Artikel 285 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales is het eerste artikel in Section XV, getiteld 'Des scissions'. Dat is een algemeen artikel dat de reikwijdte aangeeft van deze afdeling wat betreft de rechtsvormen die kunnen splitsen, niet alleen nationaal, maar ook grensoverschrijdend. In artikel 286 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales zijn de mogelijke vormen van splitsing opgesomd: de *scission par absorption* (de splitsing door overnemings), de *scission par constitution de nouvelles sociétés* (splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen), of een combinatie van beide. Zowel bij de splitsing door overnemings als bij de splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen houdt de splitsende vennootschap op te bestaan. Daarnaast is ook afsplitsing mogelijk, waarbij een gedeelte van het vermogen wordt afgesplitst, hetzij door middel van afsplitsing door overnemings (artikel 287 lid 1 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales), hetzij door middel van afsplitsing door oprichting van een nieuwe vennootschap (artikel 288 lid 1 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales)

De hybride splitsing, waarbij door de splitsende rechtspersoon één of meerdere verkrijgende vennootschappen worden opgericht in het kader van de splitsing en waarvan de splitsende rechtspersoon de aandelen verkrijgt, is niet bekend in het Luxemburgse recht, evenals de driehoekssplitsing. Een splitsing waarbij de aandeelhouders na de splitsing in de verkrijgende vennootschappen in een andere verhouding gerechtigd zijn dan voor de splitsing in de splitsende vennootschap het geval was – de zogenoemde onevenredige splitsing –, is wel mogelijk in het Luxemburgse recht (artikel 289 (2) Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales). In het kader van een splitsing kan geen bijbetaling plaatsvinden hoger dan 10% van de nominale waarde van de toegekende aandelen (artikel 287 (2) Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales). Rechtspersonen die verkeren in een insolventieprocedure of ontbonden rechtspersonen kunnen (mits nog geen vereffeningsuitkering heeft plaatsgehad) partij zijn bij een splitsing (artikel 285 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales).

6.3.2 Deense wetgeving

De Deense wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing, die al aan bod is gekomen in paragraaf 4.4.2., heeft een beperkte reikwijdte wat betreft de rechtsvormen die onder die regeling vallen. Slechts vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid – te weten: naamloze en besloten vennootschappen (§ 1 lid 1 Danish Companies Act) – beheerst door Deens recht kunnen betrokken zijn bij een grensoverschrijdende splitsing. Ook de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken rechtsvormen – welke worden beheerst door het recht van een andere lidstaat van de EU of de EER – moeten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid zijn (§ 291 lid 1 Danish Companies Act). Slechts aan de hand van de *lex societatis* kan worden bepaald of een vennootschap kwalificeert als een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Vanuit Nederlands perspectief zou dat betekenen dat naamloze en besloten vennootschappen kwalificeren als vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in de zin van § 291 lid 1 Danish Companies Act en betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing waarbij vennootschappen betrokken zijn die worden beheerst door Deens en Nederlands recht.

§ 291 Danish Companies Act, het artikel dat specifiek ziet op grensoverschrijdende splitsing, bevat geen regels over welke vormen van grensoverschrijdende splitsing zijn toegestaan. Aangesloten moet worden bij de vormen van nationale splitsing, die zijn opgenomen in § 254 Danish Companies Act. De daarin opgenomen vormen van splitsing zijn (i) de splitsing waarbij de splitsende vennootschap ophoudt te bestaan en het vermogen van de splitsende vennootschap overgaat op twee of meer bestaande of nieuw opgerichte vennootschappen – vergelijkbaar met de Nederlandse zuivere splitsing – en (ii) de splitsing waarbij de splitsende vennootschap niet ophoudt te bestaan en een gedeelte van het vermogen overgaat op één of meer bestaande of nieuw op te richten vennootschappen – vergelijkbaar met de Nederlandse afsplitsing.

De hybride splitsing, waarbij door de splitsende rechtspersoon één of meerdere verkrijgende vennootschappen worden opgericht in het kader van de splitsing en waarvan de splitsende rechtspersoon de aandelen verkrijgt, is niet bekend in het Deense recht, evenals de driehoekssplitsing. Een splitsing waarbij de aandeelhouders na de splitsing in de verkrijgende vennootschappen in een andere verhouding gerechtigd zijn dan voor de splitsing in de splitsende vennootschap het geval was – de zogenoemde onevenredige splitsing –, is wel mogelijk in het Deense recht (§ 255 lid 3 sub 5, 5 Danish Companies Act), evenals een splitsing waarbij een bijbetaling plaatsvindt hoger dan 10% van de nominale waarde van de toegekende aandelen. Ontbonden vennootschappen of rechtspersonen die verkeren in een insolventieprocedure, kunnen naar Deens recht partij zijn bij een splitsing, mits nog geen vereffeningssuitkering heeft plaatsgehad.

6.3.3 Finse wetgeving

De Finse wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing ziet op vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid met een open of een besloten karakter die door Fins recht worden beheerst (§ 19 Osakeyhtiölaki). Ten aanzien van de niet door Fins recht beheerste vennootschap die betrokken is bij een grensoverschrijdende splitsing eist het Finse recht dat dat (i) een vennootschap is die is opgenomen in artikel 1 Eerste richtlijn, dan wel (ii) een andere vergelijkbare vennootschap met (a) rechtspersoonlijkheid, (b) een in aandelen verdeeld kapitaal, (c) een afgescheiden vermogen dat uitsluitend voor de schulden van de vennootschap kan worden aangesproken en (d) is onderworpen aan regels van nationaal recht vergelijkbaar met de regels uit de Eerste richtlijn.

Net als in de Deense wetgeving, bevat de Finse wetgeving geen bepalingen over welke vormen van splitsing grensoverschrijdend kunnen worden toegepast. Wat betreft de vormen van splitsing moet aansluiting worden gezocht bij de vormen van nationale splitsing, die beschreven zijn in § 1 Osakeyhtiölaki. De vormen van splitsing zijn de splitsing waarbij het gehele vermogen overgaat (*'kokonaisjakautuminen'*, vergelijkbaar met de Nederlandse zuivere splitsing) en de splitsing waarbij een gedeelte van het vermogen overgaat (*'osittaisjakautuminen'*, vergelijkbaar met de Nederlandse afsplitsing) (§ 2 lid 1 Osakeyhtiölaki). Verkrijgende vennootschap bij een splitsing kan een reeds bestaande vennootschap zijn of een in het kader van een splitsing nieuw opgerichte vennootschap. In het kader van een splitsing met meerdere verkrijgende vennootschappen kan zowel een reeds bestaande vennootschap optreden als verkrijgende vennootschap als een in het kader van de splitsing nieuw opgerichte vennootschap (§ 2 lid 2 Osakeyhtiölaki).

De hybride splitsing, waarbij door de splitsende rechtspersoon één of meerdere verkrijgende vennootschappen worden opgericht in het kader van de splitsing en waarvan de splitsende rechtspersoon de aandelen verkrijgt, is niet bekend in het Finse recht, evenals de driehoekssplitsing. Een splitsing waarbij de aandeelhouders na de splitsing in de verkrijgende vennootschappen in een andere verhouding gerechtigd zijn dan voor de splitsing in de splitsende vennootschap het geval was – de zogenoemde onevenredige splitsing –, is wel mogelijk in het Finse recht (§ 16 lid 3 Chapter 17 Osakeyhtiölaki), evenals een splitsing waarbij een bijbetaling plaatsvindt hoger dan 10% van de nominale waarde van de toegekende aandelen (§ 1 Chapter 17 Osakeyhtiölaki). Ontbonden vennootschappen of rechtspersonen die verkeren in een insolventieprocedure, kunnen partij zijn bij een splitsing, mits nog geen vereffeningssuitkering heeft plaatsgehad.

6.3.4 Duitse doctrine

In de Duitse doctrine is stilgestaan bij de vraag welke rechtsvormen betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing, ondanks dat specifiek voor grensoverschrijdende splitsing geschreven wetgeving – althans: tot op heden –

ontbreekt. Volgens Lennerz moet een rechtsvorm ‘*umwandlungsbefähigt*’ zijn, zowel actief als passief, om partij te kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing. Volgens Lennerz moet de vraag of een rechtsvorm betrokken kan zijn bij een grensoverschrijdende splitsing worden beantwoord aan de hand van de *lex societatis*.⁴² Ten aanzien van bepaalde eisen van rechtsvormgelijkheid benadrukt Prüm dat aan de vergelijkbaarheid van andere, door het recht van een andere staat beheerste rechtsvormen, niet al te hoge eisen gesteld kunnen worden, mede omdat artikel 1 lid 1 Zesde richtlijn verwijst naar artikel 1 lid 1 Richtlijn 2011/35/EU en de daarin opgenomen vennootschappen van het naamloze type. Hij is van mening dat de betrokkenheid van een naamloze vennootschap bij een grensoverschrijdende splitsing geen probleem zou moeten opleveren, omdat vennootschappen van het naamloze type binnen de reikwijdte van de Zesde richtlijn vallen.

In het in paragraaf 4.4.4.3. behandelde voorstellen van de Spezialkommission van de deutscher Rat für internationales Privatrecht bevatten geen bepalingen over welke rechtsvormen grensoverschrijdend kunnen splitsen en welke vormen van grensoverschrijdende splitsing mogelijk zijn.

6.4 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk zijn de voorwaarden betreffende grensoverschrijdende splitsing behandeld, zowel de voorwaarden ten aanzien van de rechtsvormen die betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing – in het Duits ook wel aan te duiden met de term ‘*Spaltungsfähigkeit*’ –, als de mogelijke vormen van grensoverschrijdende splitsing. De voorwaarden om betrokken te kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing worden alleen gevonden in het op de betreffende rechtsvorm toepasselijke recht, de *lex societatis*.

Ten aanzien van de rechtsvormen die betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing geldt dat, indien een wettelijke regeling bestaat omtrent grensoverschrijdende splitsing, zoals in Luxemburg, Finland en Denemarken het geval is, deze uiteraard leidend is wat betreft de voorwaarden die gesteld worden aan rechtsvormen om betrokken te zijn bij een grensoverschrijdende splitsing. Uit die regeling blijkt welke rechtsvormen vanuit het perspectief van die lidstaat betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing. Het behoeft geen betoog dat een regeling op unieniveau, zoals een Europese richtlijn, een goede en noodzakelijke aanvulling in dit verband is en de rechtszekerheid over welke vormen grensoverschrijdend kunnen splitsen ten goede komt.

⁴² Lennerz 2001, p. 153 en Prüm 2006, p. 102.

Aanbeveling 1:

Een EU-richtlijn omtrent grensoverschrijdende splitsing is een goede en noodzakelijke aanvulling op de reeds bestaande regelingen omtrent grensoverschrijdende herstructureringen en verschaft duidelijkheid over welke rechtsvormen betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing.

Bestaat geen regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing, dan blijkt uit het nationale recht van een lidstaat welke rechtsvormen betrokken kunnen zijn bij een nationale splitsing. De mogelijkheden tot grensoverschrijdende splitsing kunnen, bij gebrek aan een regeling op unieniveau, alleen gevonden worden in het nationale recht van een lidstaat. Dat heeft het Hof van Justitie van de EU ook overwogen in het Vale-arrest ten aanzien van grensoverschrijdende omzetting. Daarnaast moet een rechtsvorm ook gebruik kunnen maken van de vrijheid van vestiging om betrokken te kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing. Met andere woorden: de rechtsvorm die naar nationaal recht kan splitsen, moet ook vallen binnen de reikwijdte van de vrijheid van vestiging die is aangegeven in artikel 54 VWEU om betrokken te kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing. De vrijheid van vestiging vormt immers het ‘paspoort’ van rechtsvormen dat de mobiliteit binnen de lidstaten van de EU – de gemeenschappelijke markt – garandeert.

De basis van alle regelingen omtrent nationale splitsing in de wetgevingen van de lidstaten van de EU is de Zesde richtlijn. Deze richtlijn ziet slechts op naamloze vennootschappen. Daarom kan in ieder geval gezegd worden dat naamloze vennootschappen betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing binnen de lidstaten van de EU. Voor het overige kunnen alleen rechtsvormen die krachtens nationaal recht betrokken kunnen zijn bij een nationale splitsing, en die gebruik kunnen maken van de vrijheid van vestiging, betrokken zijn bij een grensoverschrijdende splitsing. De eisen die het nationale recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) stelt voor de betrokkenheid bij een nationale splitsing zijn onverkort van toepassing bij een grensoverschrijdende splitsing. De eisen die het Nederlandse recht stelt ten aanzien van rechtspersonen om betrokken te kunnen zijn bij een nationale splitsing, zoals (i) het vereiste dat de rechtspersonen bij de splitsing dezelfde rechtsvorm moeten hebben, (ii) het vereiste dat de bij de splitsing betrokken rechtspersonen niet verwickeld mogen zijn in een insolventieprocedure, (iii) het bestaan van bekleemde vermogens, (iv) het vereiste dat rechtspersonen niet ontbonden mogen zijn en (v) eisen ten aanzien van het vermogen van de verkrijgende en splitsende rechtspersoon, gelden in principe ook bij grensoverschrijdende splitsing.

Wat betreft het vereiste van ‘dezelfde rechtsvorm’, worden in het Nederlandse recht de naamloze en de besloten vennootschap als ‘dezelfde rechtsvorm’ aangemerkt. Naar mijn mening geldt deze regel ook in grensoverschrijdende gevallen ten aanzien van andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken rechtsvormen. Ik realiseer mij dat hierdoor weliswaar – zij het gedeeltelijk – eisen van Nederlands

recht worden toegepast op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken rechtsvorm(en), maar zonder dat recht gedaan wordt aan dit vereiste is de grensoverschrijdende splitsing in strijd met de Nederlandse wet. Bovendien zou het resultaat van de grensoverschrijdende splitsing vanuit Nederlands perspectief onvoorspelbaar zijn. Zonder toepassing van het rechtsvormgelijkheidsvereiste zou bijvoorbeeld een naamloze of besloten vennootschap kunnen splitsen met een rechtspersoon met leden als verkrijgende entiteit. Onduidelijk en onvoorspelbaar zou dan zijn wat het gevolg is voor de (minderheids-)aandeelhouders van de splitsende vennootschap.

In het kader van rechtsvormgelijkheid kunnen vennootschappen met een naamloos of een besloten karakter naar het recht van andere lidstaten naar mijn mening worden aangemerkt als ‘dezelfde rechtsvorm’. Of een vennootschap als zodanig kwalificeert, kan worden bepaald aan de hand van de lijst van rechtsvormen zoals opgenomen in artikel 1 Richtlijn 2011/35/EU wat betreft naamloze vennootschappen en aan de hand van de lijst als opgenomen in Bijlage II SE-Verordening wat betreft besloten vennootschappen. Niettemin zou voor de bepaling van de rechtsvormgelijkheid een lijst, bij voorkeur op unieniveau, kunnen worden opgesteld waarin is opgenomen welke rechtsvormen als gelijk, gelijkaardig of gelijkwaardig kunnen worden beschouwd. Dat helpt niet alleen voor het verwezenlijken van grensoverschrijdende splitsingen voor alle soorten rechtsvormen, maar ook voor de verwezenlijking van grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn vallen.

Aanbeveling 2:

Een lijst op unieniveau waarin is opgenomen welke rechtsvormen als gelijk, gelijkwaardig of gelijkaardig kunnen worden beschouwd, zou een wenselijke aanvulling zijn.

Bovendien zou de Zesde richtlijn, net als Richtlijn 2011/35/EU, dwingend van karakter kunnen worden gemaakt en uitgebreid kunnen worden tot vennootschappen van het b.v.-type. Dat zorgt voor meer geharmoniseerde regelgeving omtrent splitsing, hetgeen bij grensoverschrijdende toepassing van deze regels een groot voordeel is. Bovendien is een dwingende richtlijn omtrent nationale splitsing, met uitbreiding tot vennootschappen van het b.v.-type, een goede basis voor een toekomstige richtlijn over grensoverschrijdende splitsing. Ter verduidelijking: Richtlijn 2011/35/EU betreffende nationale fusie is slechts van toepassing op naamloze vennootschappen en niet op besloten vennootschappen. De Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie is echter van toepassing op naamloze én besloten vennootschappen. Gezien de gelaagde structuur bij grensoverschrijdende fusie, waarbij enerzijds regels betreffende nationale fusie worden toegepast en anderzijds regels betreffende grensoverschrijdende fusie, kan dit tot problemen leiden omdat de basis van de regeling omtrent fusie – Richtlijn 2011/35/EU – slechts van toepassing is op naamloze vennootschappen en de Tiende richtlijn

tevens van toepassing is op besloten vennootschappen. Deze problemen kunnen voorkomen worden door Richtlijn 2011/35/EU een ruimere reikwijdte te geven. Hetzelfde zou, in aanloop naar een ontwerp voor een richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing, tevens gedaan kunnen worden met de Zesde richtlijn.

Aanbeveling 3:

De Zesde richtlijn moet worden uitgebreid tot vennootschappen van het b.v.-type. In dat kader kan ook Richtlijn 2011/35/EU betreffende nationale fusie in lijn worden gebracht met de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie en worden uitgebreid tot vennootschappen van het b.v.-type.

De onmogelijkheid tot splitsing indien een vennootschap verkeert in een insolventieprocedure, zoals het Nederlandse faillissement of surseance van betaling, geldt ook bij grensoverschrijdende splitsing. Dat neemt niet weg dat een door Nederlands recht beheerste vennootschap verwickeld kan zijn in een insolventieprocedure naar het recht van een andere staat. In dat geval moet die procedure vergeleken worden met andere insolventieprocedures die zijn opgesomd in Bijlage A van de EG-Insolventieverordening. Verkeert een door Nederlands recht beheerste vennootschap in een insolventieprocedure naar het recht van een andere lidstaat die is opgenomen in Bijlage A van de EG-Insolventieverordening, dan kan de grensoverschrijdende splitsing naar mijn mening niet plaatsvinden. Bij het ontwerp van een wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau, zou hiermee rekening gehouden kunnen worden in die zin dat lidstaten kunnen bepalen dat nationale en grensoverschrijdende splitsing slechts onmogelijk is indien een vennootschap is gewikkeld in een insolventieprocedure als bedoeld in Bijlage A van de EG-Insolventieverordening.

Aanbeveling 4:

De Zesde richtlijn en een toekomstige regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing zou lidstaten slechts de mogelijkheid moeten bieden (grensoverschrijdende) splitsing niet toe te staan indien een vennootschap is verwickeld in een insolventieprocedure als bedoeld in Bijlage A van de EG-Insolventieverordening (Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures).

Ook de eis dat een partij bij de splitsing niet ontbonden mag zijn, zet zich onverkort door bij grensoverschrijdende splitsing. Lidstaten hebben de mogelijkheid een vennootschap toe te staan partij te zijn bij een splitsing indien deze ontbonden is. In grensoverschrijdende gevallen kan dit tot problemen leiden als de ene vennootschap krachtens haar *lex societatis* wel partij kan zijn bij een splitsing en de andere bij de splitsing betrokken vennootschap krachtens haar *lex societatis* niet. Het is daarom naar mijn mening beter wanneer artikel 2 lid 2 Zesde richtlijn jo. artikel 3 lid 2 Richtlijn 2011/35/EU dwingend wordt en in het recht van alle lidstaten bepaald

wordt dat een ontbonden vennootschap partij mag zijn bij een (grensoverschrijdende) splitsing, mits er nog geen begin is gemaakt met de verdeling van het vermogen onder de aandeelhouders.

Aanbeveling 5:

Artikel 2 lid 2 Zesde richtlijn jo. artikel 3 lid 2 Richtlijn 2011/35/EU moeten dwingend worden zodat een ontbonden vennootschap partij mag zijn bij een (grensoverschrijdende) splitsing, mits nog geen begin is gemaakt met de verdeling van het vermogen onder de aandeelhouders.

Vanuit Nederlands perspectief kan een vennootschap een beklemd vermogen hebben, wanneer een stichting is omgezet in een andere rechtsvorm. In het kader van een grensoverschrijdende splitsing kan de bestemming van het beklemd vermogen niet gegarandeerd worden, artikel 2:18 lid 6 BW heeft immers geen ‘extraterritoriale werking’. Een oplossing hiervoor zou kunnen zijn dat in een regeling op Europees niveau voorzien wordt in het behoud van het beklemd vermogen. Anderzijds zou ook de Nederlandse wetgever, zo lang er nog geen Europese regeling is, ofwel kunnen bepalen dat een grensoverschrijdende splitsing van een rechtspersoon met een beklemd vermogen, niet zijnde een naamloze vennootschap, niet mogelijk is, dan wel een veiligheidsklep kunnen inbouwen, bestaande uit (i) rechterlijke machtiging voor een grensoverschrijdende splitsing van een vennootschap met een beklemd vermogen, dan wel (ii) een verzetrecht van de minister van Veiligheid en Justitie als een vennootschap met een beklemd vermogen grensoverschrijdend splitst.

Aanbeveling 6:

Als de Nederlandse wetgever beklemd vermogens van rechtspersonen wil beschermen, zal ofwel (i) de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing van rechtspersonen, anders dan naamloze vennootschappen, moeten worden uitgesloten, dan wel (ii) een veiligheidsklep moeten worden ingebouwd, bestaande uit (a) rechterlijke machtiging voor een grensoverschrijdende splitsing van een vennootschap met een beklemd vermogen, of (b) een verzetrecht van de minister van Veiligheid en Justitie als een vennootschap met een beklemd vermogen grensoverschrijdend splitst.

Ten aanzien van de mogelijke vormen van grensoverschrijdende splitsing geldt dat, bij gebrek aan enige harmonisatie op dit terrein binnen de EU, moet worden teruggevallen op de nationale regelingen van de lidstaten. Kent het recht van een bepaalde lidstaat, zoals Luxemburg, Finland of Denemarken, een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing, dan volgt daaruit welke vormen van grensoverschrijdende splitsing mogelijk zijn. Zoals gebleken is uit de rechtsvergelijking in paragraaf 6.3., zijn de vormen van grensoverschrijdende splitsing krachtens het recht van die staten gelijk aan de vormen van nationale splitsing. Bevat het recht van

een lidstaat geen specifieke regels over grensoverschrijdende splitsing, zoals het Nederlandse recht, dan moet worden teruggevallen op de mogelijke vormen van nationale splitsing. Het Hof van Justitie van de EU heeft immers overwogen dat, bij gebrek aan enige harmonisatie van wetgeving op dit terrein de mogelijkheden tot grensoverschrijdende herstructurering slechts gevonden kunnen worden in het nationale recht van lidstaten en mogelijke vormen tot nationale herstructurering ook grensoverschrijdend kunnen worden toegepast.

Dat heeft tot gevolg dat de nationale vormen van splitsing grensoverschrijdend kunnen worden toegepast. Echter, deze vormen kunnen alleen grensoverschrijdend worden toegepast indien zowel krachtens de *lex societatis* van de (af)splitsende rechtsvorm, als krachtens de *lex societatis* van de verkrijgende rechtsvorm(en) een bepaalde vorm van splitsing bekend is. Hierin is een cumulatie gelegen. Immers, door toepassing van de vrijheid van vestiging kunnen geen onbekende vormen van herstructurering, waaronder begrepen onbekende vormen van splitsing, worden geïntroduceerd in het recht van andere staten.

Door de harmoniserende werking van de Zesde richtlijn – ook al is implementatie van deze richtlijn facultatief – is de kans zeer groot dat de lidstaten van de EU een vorm van zuivere splitsing en een vorm van afsplitsing kennen, zowel in de vorm van splitsing door overneming als in de vorm van splitsing door oprichting van een nieuwe vennootschap. Om die reden kunnen deze vormen van splitsing ook grensoverschrijdend worden toegepast. Voor een totaal rechtszeker kader betreffende grensoverschrijdende splitsing, zou de Zesde richtlijn ook op dit punt dwingend moeten worden gemaakt in die zin dat iedere lidstaat een vorm van zuivere splitsing en een vorm van afsplitsing moet toestaan, zowel in de vorm van splitsing door overneming als in de vorm van splitsing door oprichting van een nieuwe vennootschap.

Aanbeveling 7:

De Zesde richtlijn moet dwingend moeten worden gemaakt in die zin dat iedere lidstaat een vorm van zuivere splitsing en een vorm van afsplitsing moet toestaan, zowel in de vorm van splitsing door overneming als in de vorm van splitsing door oprichting van een nieuwe vennootschap.

Naast de hiervoor beschreven ‘hoofdvormen’ van splitsing, kunnen lidstaten ook eigen (sub)vormen van splitsing hebben geïntroduceerd in hun wetgevingen, die niet of niet direct zijn gebaseerd op de Zesde richtlijn. Nederland heeft daarvan gebruik gemaakt en bijvoorbeeld de driehoekssplitsing geïntroduceerd in de wetgeving. Grensoverschrijdende toepassing van deze vormen van splitsing is naar mijn mening niet mogelijk indien het recht dat van toepassing is op de andere rechtsvormen betrokken bij de splitsing die vorm van splitsing niet kent. In onderstaande tabel is weergegeven welke hoofdvormen van splitsing bekend zijn in het Nederlandse recht, wat hun eventuele basis is in de Zesde richtlijn, de mate van waarschijnlijkheid dat die vorm van splitsing bekend is in een andere lidstaat en

de mate van waarschijnlijkheid dat grensoverschrijdende toepassing van deze splitsingsvorm mogelijk is.

Vorm van splitsing	Basis in Nederlandse wet	Basis in Zesde richtlijn	Mate van waarschijnlijkheid bekendheid in andere lidstaat	Grensoverschrijdende toepassing mogelijk
Zuivere splitsing	Art. 2:334a lid 2 BW	Art. 2, 21 Zesde richtlijn	Zeer waarschijnlijk	Zeer waarschijnlijk
Afsplitsing	Art. 2:334a lid 3 BW	Art. 25 Zesde richtlijn	Waarschijnlijk	Waarschijnlijk
Splitsing en bijbetaling	Art. 2:334x lid 2 BW, bijbetaling maximaal tot 10%	Art. 24 Zesde richtlijn, bijbetaling mogelijk hoger dan 10%	Niet onwaarschijnlijk, mogelijk bijbetaling hoger dan 10% toegestaan	Niet onwaarschijnlijk, bij inbound grensoverschrijdende splitsing, bijbetaling gemaximeerd tot 10%, bij outbound grensoverschrijdende splitsing mogelijk bijbetaling hoger dan 10%
Hybride splitsing	Art. 2:334a lid 3 BW	Nee	Niet onwaarschijnlijk	Niet onwaarschijnlijk
Driehoeksplitsing	Art. 2:334ii BW	Nee	Zeer onwaarschijnlijk	Zeer onwaarschijnlijk
Ruziesplitsing	Art. 2:334cc BW	Art. 17 lid 1 sub b Zesde richtlijn	Niet onwaarschijnlijk	Niet onwaarschijnlijk

HOOFDSTUK 7

DE PROCEDURE TOT GRENDOVERSCHRIJDENDE SPLITSING

7.1 Inleiding

Na de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing (behandeld in hoofdstuk 4), een uiteenzetting van het algemene gedeelte van het conflictenrecht bij grensoverschrijdende splitsing (behandeld in hoofdstuk 5) en de beantwoording van de vraag welke entiteiten grensoverschrijdend kunnen splitsen en welke vormen van grensoverschrijdende splitsing mogelijk zijn (behandeld in hoofdstuk 6), komt de vraag naar het toepasselijke recht op en de procedure tot een grensoverschrijdende splitsing, gedifferentieerd naar de onderdelen van de procedure tot grensoverschrijdende splitsing zoals die onderscheiden zijn in paragraaf 5.7, aan bod.

In dit hoofdstuk worden achtereenvolgens behandeld het toepasselijk recht op: (i) de voorbereidende fase tot grensoverschrijdende splitsing (paragraaf 7.2.), (ii) de besluitvorming tot grensoverschrijdende splitsing (paragraaf 7.3.), (iii) positie van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing (paragraaf 7.4.), (iv) de positie van (minderheids)aandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing (paragraaf 7.5.), (v) de positie van werknemers bij grensoverschrijdende splitsing (paragraaf 7.6.), (vi) de rol van de autoriteiten bij grensoverschrijdende splitsing (paragraaf 7.7.), (vii) het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing (paragraaf 7.8.), (viii) de inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing (paragraaf 7.9.), (ix) de overgang onder algemene titel bij grensoverschrijdende splitsing (paragraaf 7.10.), (x) de toekenning van aandelen en bijzondere rechten bij grensoverschrijdende splitsing (paragraaf 7.11), (xi) de overgang van aansprakelijkheden voor verbintenissen van de splitsende vennootschap (paragraaf 7.12) en (xii) de vernietiging van grensoverschrijdende splitsing (paragraaf 7.13.).

Per deelonderwerp zal het naar mijn mening toepasselijke conflictenrecht beschreven worden. Hierbij zullen, waar mogelijk, vergelijkingen worden gemaakt met de regelgeving omtrent grensoverschrijdende fusie. Zoals in de voorgaande hoofdstukken is gebleken, is de regelgeving omtrent grensoverschrijdende fusie een grote inspiratiebron bij de vinding van regels voor grensoverschrijdende splitsing. Daar waar dat nuttig is, zal tevens worden stilgestaan bij de conflictenrechtelijke

benaderingen die zijn gehanteerd door de Finse¹ en de Deense wetgever. Hoewel het Luxemburgse recht een bepaling bevat over de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing, bevat het Luxemburgse recht geen conflictregels die het toepasselijke recht op een grensoverschrijdende splitsing aanwijzen of de procedure tot grensoverschrijdende splitsing wettelijk regelen. Het Luxemburgse recht zal daarom grotendeels buiten beschouwing blijven in dit hoofdstuk.

Tevens zal aandacht worden besteed aan de heersende opvattingen in de Duitse doctrine ten aanzien van het conflictenrecht bij grensoverschrijdende splitsing. Aan het einde van iedere paragraaf zullen mijn conclusies beschreven worden. In de meeste gevallen leiden de conclusies tot aanbevelingen voor nieuwe wetgeving op unie- en/of nationaal niveau. In paragraaf 7.14 zal afgesloten worden met overkoepelende conclusies en aanbevelingen.

7.2 De voorbereidende fase tot grensoverschrijdende splitsing

Bij de voorbereidende fase tot grensoverschrijdende splitsing kunnen achtereenvolgens de volgende fases worden onderscheiden: (i) de overeenkomst tot grensoverschrijdende splitsing en (ii) de interne voorbereiding tot grensoverschrijdende splitsing, bestaande uit: (a) het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, (b) de toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, (c) de eventueel op te stellen tussentijdse vermogensopstelling, (d) de benoeming en de taak van accountants, (e) de publicatie en aankondiging van publicatie van documenten voor de splitsing en (f) de plicht tot het geven van inlichtingen betreffende wijzigingen in activa en passiva die zijn opgetreden na publicatie van de documenten voor de splitsing. In de navolgende subparagrafen zullen deze onderwerpen behandeld worden.

7.2.1 De overeenkomst tot grensoverschrijdende splitsing

In sommige gevallen zal, vooral wanneer de vennootschappen betrokken bij een grensoverschrijdende splitsing niet deel uit maken van één concern, voorafgaande aan de grensoverschrijdende splitsing een overeenkomst worden gesloten tussen de splitsende vennootschap en de reeds bestaande verkrijgende vennootschap(en) omtrent de voorgenoemde grensoverschrijdende splitsing.

De overeenkomst tot grensoverschrijdende splitsing maakt geen deel uit van de procedure tot grensoverschrijdende splitsing – de overeenkomst valt ook niet binnen de reikwijdte van de Zesde richtlijn –, maar is een stap die daaraan vooraf gaat. Dit

¹ De regels omtrent grensoverschrijdende splitsing in de Finse wetgeving zijn opgenomen in Hoofdstuk 17 van de 'Osakeyhtiölaki', de wet betreffende vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Telkens wanneer wordt verwezen naar 'Osakeyhtiölaki', worden de bepalingen van Hoofdstuk 17 van de Osakeyhtiölaki bedoeld.

is echter anders indien de overeenkomst tot grensoverschrijdende splitsing tevens voldoet aan de eisen gesteld aan een voorstel tot grensoverschrijdende splitsing. In dat geval maakt de overeenkomst tot grensoverschrijdende splitsing als onderdeel van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing wel deel uit van de procedure tot grensoverschrijdende splitsing.

Met name in grensoverschrijdende gevallen dient tevens rekening gehouden te worden met het – eventueel van rechtswege – toepasselijke recht op een overeenkomst tot grensoverschrijdende splitsing. Het op een overeenkomst toepasselijke recht werd tot en met 17 december 2009 bepaald aan de hand van het EEG-Overeenkomstenverdrag 1980,² na 17 december 2009 wordt het op een overeenkomst toepasselijke recht bepaald aan de hand van de Rome I-Verordening³ inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (artikel 24 Rome I-Verordening).

De overeenkomst die voorafgaande aan een grensoverschrijdende splitsing gesloten wordt, valt onder de materiële werkingssfeer van de Rome I-Verordening (artikel 1 lid 1 Rome I-Verordening).⁴ Partijen hebben de mogelijkheid een rechtskeuze uit te brengen voor een bepaald recht (artikel 3 Rome I-Verordening). Het door partijen gekozen recht kan ook het recht zijn van een niet-lidstaat van de EU of de EER. Het is dus mogelijk dat de overeenkomst tot grensoverschrijdende splitsing wordt beheerst door het recht van een niet-EU- (of niet-EER-)lidstaat, zonder dat de vennootschappen betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing enige aanknopingspunten hebben met de staat waarvan het recht gekozen is. Indien partijen geen rechtskeuze hebben uitgebracht, wordt het op een overeenkomst toepasselijke recht bepaald aan de hand van de objectieve conflictregel van artikel 4 Rome I-Verordening.⁵ Toepassing van deze objectieve conflictregel leidt tot toepassing van het recht van de staat waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten haar gewone verblijfplaats heeft (artikel 4 lid 2 Rome I-Verordening).

Bij een overeenkomst tot grensoverschrijdende splitsing is het niet eenvoudig de partij aan te wijzen die de kenmerkende prestatie moet verrichten. De overgang van activa en passiva van de splitsende vennootschap op de verkrijgende vennootschap (pen) is niet meer of minder kenmerkend dan de toekenning van aandelen door de verkrijgende vennootschap(en). Indien niet kan worden bepaald welke vennootschap (de splitsende of de verkrijgende) de kenmerkende prestatie verricht, zal de

2 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, met Protocol en Gemeenschappelijke Verklaringen; Rome, 19 juni 1980. *Trb.syst.* 28(1980), nrs. 1-3, *Trb.* 1980 156. Zie over de toepasselijkheid van het EEG-Overeenkomstenverdrag bij de overeenkomst tot grensoverschrijdende fusie: Strikwerda 2004, p. 71 e.v., Vlas 2002-I, p. 164 en Portengen en Steffens 2004, p. 566 – 572.

3 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PB L* 177 van 4 juli 2009, p. 6 e.v..

4 Zie naar analogie met grensoverschrijdende fusie: Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 191.

5 Zie meer in algemene zin over dit onderwerp: Van Wechem 2008, p. 5 e.v..

overeenkomst worden beheerst door het recht waarmee zij het nauwst verbonden is (artikel 4 lid 4 Rome I-Verordening). Aansluiting zou in dat geval bijvoorbeeld kunnen worden gezocht bij de plaats waar het grootste gedeelte van de vermogensbestanddelen zijn gelegen die in het kader van de grensoverschrijdende splitsing overgaan of de plaats van de statutaire of werkelijke zetel van één van de of de plaats van de statutaire of werkelijke zetel van de meeste vennootschappen die betrokken zijn bij de grensoverschrijdende splitsing. Dit neemt echter niet weg dat de bepaling van het recht van de staat waarmee de overeenkomst het nauwst verbonden is, geen sinecure is. De problemen omtrent het vaststellen van het toepasselijke recht op een overeenkomst tot grensoverschrijdende splitsing kunnen voorkomen worden door een rechtskeuze op te nemen in de overeenkomst. Ter vergroting van de rechtszekerheid en ter voorkoming van problemen achteraf bij gerezen geschillen, verdient het altijd aanbeveling een rechtskeuze uit te brengen.

7.2.2 De interne voorbereiding tot grensoverschrijdende splitsing

Tot de interne voorbereiding van een grensoverschrijdende splitsing horen alle aan de grensoverschrijdende splitsing voorafgaande handelingen, namelijk (i) het opstellen van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, (ii) de toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, (iii) eventuele vereiste tussentijdse vermogensopstellingen, (iv) de benoeming van en taken van accountants, (v) publicatie van documenten voor de grensoverschrijdende splitsing en (vi) de plicht tot het geven van inlichtingen betreffende na de opstelling van het voorstel tot splitsing opgetreden belangrijke wijzigingen in de activa en passiva die de mededelingen in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing of in de toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing hebben beïnvloed.

Voor wat het gedeelte van de voorbereiding tot grensoverschrijdende splitsing dat de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen afzonderlijk betreft, kan voor iedere vennootschap het op haar toepasselijke recht toegepast worden (*gedifferentieerde cumulatieve aanknoping*, zie hoofdstuk 5). Deze aanknoping is *cumulatief* omdat zowel het recht van de staat dat van toepassing is op de *splitsende* vennootschap wordt toegepast, als het recht van de staat dat van toepassing is op de reeds bestaande, *verkrijgende* vennootschap(en). Deze aanknoping is *gedifferentieerd*, omdat iedere vennootschap de regels volgt van de eigen *lex societatis*. Anders ligt dit bij het gedeelte van de voorbereiding waarbij één van de toepasselijke rechtsstelsels gezamenlijke voorbereiding voorschrijft. In dat geval moeten naar mijn mening de op de vennootschappen toepasselijke regels daadwerkelijk worden *gecumuleerd*.

7.2.2.1 Het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing

Het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing moet voldoen aan alle vereisten die gesteld worden door het op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken

vennootschappen toepasselijke recht.⁶ Dit leidt ertoe dat ook voorschriften, gesteld door het buitenlandse recht, moeten worden toegepast. Zekerheidshalve zal dan het strengste voorschrift worden toegepast. Van Solinge heeft dat reeds verdedigd ten aanzien van het voorstel tot grensoverschrijdende fusie.⁷ Volgens Van Veen leidt het bestaan van een bepaald vormvereiste ten aanzien van het voorstel tot grensoverschrijdende fusie er echter niet toe dat dit vormvereiste moet worden gevolgd.⁸ Hij lijkt er daarbij vanuit te gaan dat met twee vormen van het voorstel tot grensoverschrijdende fusie zou kunnen worden gewerkt: een notarieel verleden voorstel tot grensoverschrijdende fusie – indien vereist volgens het recht dat van toepassing is op de ene vennootschap – en een onderhands voorstel tot grensoverschrijdende fusie – indien dat mogelijk is op basis van het recht dat van toepassing is op de andere vennootschap. Hoewel deze oplossing wellicht in de praktijk werkt, valt naar mijn mening moeilijk in te zien hoe in zo een geval nog sprake kan zijn van een ‘gemeenschappelijk voorstel voor een grensoverschrijdende fusie’ in de zin van artikel 5 Tiende richtlijn, casu quo een ‘gezamenlijk voorstel tot fusie’ in de zin van artikel 2:333d BW. Indien toch gekozen zou worden voor een voorstel tot grensoverschrijdende fusie in verschillende vormen, zou dat kunnen leiden tot complicaties wanneer de notaris moet verklaren dat door de verdwijnende vennootschappen op hetzelfde fusievoorstel is beslist (artikel 2:333i lid 5 BW). Derhalve moet naar mijn mening ten aanzien van de vorm van het voorstel tot grensoverschrijdende fusie en het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing het strengste voorschrift worden toegepast.

Het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing wordt gezamenlijk opgesteld door de partijen bij de splitsing. Indien een nieuwe vennootschap in het kader van een grensoverschrijdende splitsing wordt opgericht, wordt het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing niet opgesteld door die vennootschap. Die vennootschap is ook geen ‘partij’ bij de splitsing en bestaat nog niet op het moment van de opstelling van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing.

De basis van het gezamenlijk opgestelde voorstel tot grensoverschrijdende splitsing is artikel 3 Zesde richtlijn. Het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing moet vanuit Nederlands perspectief in ieder geval voldoen aan de vereisten die gesteld worden door artikel 2:334f lid 2 BW en artikel 2:334y BW. Daarnaast moet – gezien de cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de reeds bestaande verkrijgende vennootschap(en) – het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing ook alle gegevens bevatten die vereist zijn krachtens het op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen toepasselijke recht.

6 Roelofs 2009, p. 278.

7 Van Solinge 1994, p. 165.

8 Van Veen merkt wel op dat de Nederlandse vennootschap wel haar medewerking zal moeten verlenen aan het tot stand komen van een notarieel verleden fusievoorstel in de desbetreffende lidstaat. Zie: Van Veen, ‘*GS Rechtspersonen*’, art. 2:333d BW, aant. 2.

Hierbij moet in het oog worden gehouden dat artikel 3 Zesde richtlijn slechts een minimumharmonisatie voorschrijft.

Naast de gegevens die moeten worden opgenomen krachtens het op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen toepasselijke recht, kunnen, rekening houdend met het grensoverschrijdende karakter van de grensoverschrijdende splitsing, tevens gegevens worden opgenomen die ook moeten worden opgenomen in het voorstel tot grensoverschrijdende fusie, zoals die zijn opgenomen in artikel 2:333d BW.⁹ Hierbij is van belang dat de (wettelijke) bepalingen – artikel 3 Zesde richtlijn, artikel 2:334f lid 2 BW en artikel 2:334y BW – slechts de minimuminhoud van het voorstel tot splitsing omschrijven. Het staat de bij de splitsing betrokken vennootschappen vrij meer gegevens op te nemen.

De statuten van de verkrijgende vennootschap

Bij de opstelling van het gezamenlijke voorstel tot grensoverschrijdende splitsing moet specifiek aandacht worden besteed aan een aantal onderwerpen. In de eerste plaats moet het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing de statuten bevatten van de verkrijgende vennootschappen en de voortbestaande splitsende vennootschap, zoals die luiden en zoals die zullen luiden na het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing (artikel 2:334f lid 2 sub b BW). Indien (een) nieuwe vennootschap(pen) wordt of worden opgericht in het kader van een grensoverschrijdende splitsing, moet het voorstel tot splitsing het ontwerp van de akte(n) van oprichting bevatten. Het spreekt voor zich dat de statuten van de verkrijgende vennootschap(pen), zoals die zullen luiden na het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing, in overeenstemming zullen moeten zijn met recht dat op de betreffende verkrijgende vennootschap van toepassing is of wordt – indien die vennootschap wordt opgericht in het kader van de grensoverschrijdende splitsing. Nauwe samenwerking met adviseurs en/of autoriteiten in de andere staat of staten waarvan het recht van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap(pen) is hierbij van belang. Hetzelfde geldt voor de pro-forma winst- en verliesrekening die bij het voorstel tot splitsing moet worden gevoegd. Ook die winst- en verliesrekening moet voldoen aan de eisen die gesteld worden door het op de betreffende vennootschap toepasselijke recht.

Ruil van aandelen

Het voorstel tot splitsing moet tevens informatie bevatten over de voorgenomen maatregelen in verband met de verkrijging door aandeelhouders van de splitsende vennootschap van aandelen van de verkrijgende vennootschap(pen) (artikel 2:334f lid 2 sub j BW). Bij een grensoverschrijdende splitsing wordt de wijze waarop de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap(pen) beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) (zie tevens paragraaf 7.11.). Dat recht zal

⁹ Roelofs 2009, p. 278.

bepalen of het worden van aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap geschiedt door middel van bijvoorbeeld een toekenning van aandelen, een uitgifte van nieuwe aandelen of een overdracht van bestaande door de vennootschap gehouden aandelen.

Daarnaast zullen, wanneer een besloten of naamloze vennootschap wordt gesplitst of in het kader van de splitsing wordt opgericht, vanuit Nederlands perspectief tevens de gegevens als bedoeld in artikel 2:334y BW moeten worden opgenomen. Met name zal aandacht moeten worden besteed aan de ruilverhouding en de bijbetalingen krachtens de ruilverhouding (artikel 2:334y sub a BW). Hierbij zal, indien het vanuit Nederlands perspectief een outbound-grensoverschrijdende splitsing betreft en de Nederlandse vennootschap wordt gesplitst, tevens rekening moeten worden gehouden met een bijbetaling die mogelijk hoger is dan 10% van de nominale waarde van de toegekende aandelen, mits het recht van de inbound-staat hierin voorziet.¹⁰

Indien de door Nederlands recht beheerste vennootschap een verkrijgende vennootschap is – en derhalve aandelen zal toekennen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap – zal deze vennootschap met toepassing van artikel 2:334x lid 3 BW aandelen kunnen intrekken (zie tevens paragraaf 7.11.). Ook dat gegeven zal vermeld moeten worden in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing (zie tevens paragraaf 7.5.3.).

Schadeloosstelling (minderheids)aandeelhouders

In het oog zal moeten worden gehouden dat de houders van aandelen zonder winstrecht (artikel 2:216 lid 7 BW) van de splitsende besloten vennootschap die tegen de voorgenomen splitsing stemmen en houders van aandelen zonder stemrecht van de splitsende besloten vennootschap (artikel 2:228 lid 5 BW) een recht kunnen hebben op schadeloosstelling op basis van artikel 2:334ee1 BW.¹¹ Die schadeloosstelling geldt onverkort bij een grensoverschrijdende splitsing van een besloten vennootschap met die soort(en) aandelen.

Ik zal in paragraaf 7.5 verdedigen dat bij een grensoverschrijdende splitsing een – facultatieve – schadeloosstelling kan worden gecreëerd ten behoeve van houders van ‘gewone’ aandelen (i.e. aandelen met stemrecht en winstrecht) die tegen de voorgenomen grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd. Indien die situatie zich voordoet, moet naar mijn mening, naar analogie met artikel 2:333d sub f BW bij grensoverschrijdende fusie, in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing een voorstel worden opgenomen omtrent de hoogte van de schadeloosstelling die kan worden aangeboden aan de houders van deze ‘gewone’ aandelen.

¹⁰ Zie over het al dan niet toegestaan zijn van deze splitsingsvariant paragraaf 6.2.3.

¹¹ Roelofs 2012-VI, p. 14 – 15.

Vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van werknemers

Daarnaast zal in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, voor zover van toepassing in het kader van grensoverschrijdende splitsing (zie tevens paragraaf 7.6) tevens opgenomen moeten worden de informatie over de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap vóór en na de grensoverschrijdende splitsing en de voorgenomen maatregelen in het kader van behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, dit naar analogie met artikel 2:333d sub c BW. In de Finse wetgeving is bepaald dat het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing een overzicht moet bevatten van de procedures ter bepaling van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap (Section 21 lid 2 sub 6 *Osakeyhtiölaki*). De Deense wetgeving bepaalt eveneens dat het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing informatie moet bevatten over de procedure betreffende de bepaling van de rechten van werknemers in de voortbestaande vennootschap (§ 292 lid 1 sub (11) Danish Companies Act).

Ondertekening van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing

Het voorstel tot splitsing dient conform artikel 2:334f lid 3 en lid 4 BW ondertekend te worden door de bestuurders van elke partij bij de splitsing en goedgekeurd te worden door de raad van commissarissen, indien die bij de vennootschap is ingesteld. Voor een bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken Nederlandse vennootschap moet het voorstel tot splitsing ondertekend worden door alle bestuurders. Op basis van artikel 3 lid 1 Zesde richtlijn moeten echter de ‘bestuurs- of leidinggevende organen’ het voorstel tot splitsing opstellen. Ondertekening door alle bestuurders is niet vereist op basis van de Zesde richtlijn. Indien het recht dat van toepassing is op de andere vennootschap(en) die partij is of zijn bij de splitsing, ondertekening door (een) enkele bestuurder(s) toelaat, dan kan voor die partij bij de splitsing volstaan worden met ondertekening door (een) enkele bestuurder(s).¹²

Het Finse recht bevat een duidelijke bepaling over de opstelling en ondertekening van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing. Wat betreft de door Fins recht beheerste vennootschap is het Finse recht bepalend, wat betreft de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap(en) wordt het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing opgesteld en ondertekend door het daartoe bevoegde orgaan (Section 21 lid 1 *Osakeyhtiölaki*). Noch het Deense, noch het Luxemburgse recht bevat bepalingen ten aanzien van de ondertekening van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing.

De taal van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing

De Zesde richtlijn bevat geen bepaling over de taal waarin het voorstel tot splitsing moet worden opgesteld en ook de Nederlandse wet zwijgt daarover. Het is naar mijn mening niet vereist dat het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing in het

¹² Zie naar analogie met grensoverschrijdende fusie: Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 194.

Nederlands wordt opgesteld. Voor grensoverschrijdende fusie is dat immers ook niet vereist.¹³ Het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing heeft tot doel alle potentieel belanghebbenden te informeren over de voorgenomen grensoverschrijdende splitsing. Als het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing in een taal wordt opgesteld die alle belanghebbenden kunnen begrijpen, valt niet in te zien waarom het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing niet tevens in een vreemde taal zou kunnen luiden. Een vertaling van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing kan eveneens worden opgenomen. Het bestaan van verschillende taalversies van een voorstel tot grensoverschrijdende splitsing doet naar mijn mening niet af aan het bestaan van één gezamenlijk voorstel tot grensoverschrijdende splitsing. Uiteraard zal wel rekening moeten worden gehouden met de vereisten die worden gesteld krachtens het op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen toepasselijke recht. Indien dat recht voorschrijft dat het voorstel tot splitsing in een bepaalde taal moet worden opgesteld, dan zal tevens aan dat vereiste voldaan moeten worden.

Ten Voorde heeft ten aanzien van het voorstel tot (nationale) fusie en splitsing verdedigd dat het voorstel tot splitsing – en de andere stukken die voorafgaande aan de fusie of splitsing moeten worden opgemaakt – slechts bij het handelsregister moeten worden *gedeponeerd* en niet hoeven te worden *ingeschreven*.¹⁴ Nu deze stukken niet hoeven te worden ingeschreven, kunnen volgens Ten Voorde deze documenten ook in een andere taal dan het Nederlands – namelijk: in het Engels, Duits of Frans – worden gedeponeerd. Hetzelfde geldt naar mijn mening voor grensoverschrijdende splitsing.

Van Veen is van mening dat het voorstel tot fusie moet worden opgesteld in het Nederlands en als het voorstel tot fusie in een andere taal is opgesteld, dat daarvan een getrouwe vertaling in het Nederlands moet worden gevoegd, vervaardigd en voor overeenstemmend verklaard door een voor die brontaal beëdigde vertaler.¹⁵ Hij baseert zich hierbij op artikel 35 Wet beëdigde tolken en vertalers. In artikel 35 Wet op de beëdigde vertalers wordt expliciet gerefereerd aan ‘stukken of opgaven die krachtens wettelijk voorschrift in openbare registers moeten worden ingeschreven’. Dat is bij het voorstel tot fusie en het voorstel tot splitsing niet het geval. Zoals Ten Voorde al terecht constateerde, moet het voorstel tot fusie of het voorstel tot splitsing slechts worden *neergelegd* bij het handelsregister (artikel 2:314 lid 1 BW, artikel 2:334hh lid 1 BW) en niet worden ingeschreven. Artikel 35 Wet beëdigde tolken en vertalers is derhalve naar mijn mening niet van toepassing.

Vormvereisten voor het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing

Ten slotte is nog van belang in welke vorm het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing wordt opgesteld. De Zesde richtlijn schrijft, net als het Nederlandse recht,

¹³ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 195.

¹⁴ Ten Voorde 2006, p. 84.

¹⁵ Van Veen, ‘*GS Rechtspersonen*’, art. 2:333b BW, aant. 5.1.

slechts voor dat het voorstel tot splitsing in schriftelijke vorm moet worden opgemaakt (artikel 3 lid 1 Zesde richtlijn). Het Duitse recht schrijft echter voor dat een voorstel tot splitsing ‘notarielle Beurkundung’ behoeft (§ 125 jo. § 6 Umwandlungsgesetz). Omdat er maar één gelijkkluidend voorstel tot (grensoverschrijdende) splitsing kan zijn, moet naar mijn mening in zo een geval dat enige, unieke voorstel tot splitsing ‘*notariell beurkundet*’ worden. Van Solinge heeft dat ook al in zijn proefschrift ten aanzien van grensoverschrijdende fusie verdedigd¹⁶ en ik zie niet in dat anders zou moeten zijn voor grensoverschrijdende splitsing. Nu het Duitse recht niet voorschrijft dat deze ‘*Beurkundung*’ door een Duitse notaris moet geschieden, kan ook de Nederlandse notaris deze taak op zich nemen. Vanuit Duits perspectief is dat geen probleem, mits de taak van de notaris in een andere (lid-)staat vergelijkbaar is met die van de Duitse notaris.¹⁷

Gefaciliteerde splitsingen

De Nederlandse wet kent twee vormen van splitsing die civielrechtelijk gefaciliteerd zijn: de hybride splitsing (artikel 2:334hh lid 1 BW, zie tevens paragraaf 3.8.3.) en de evenredige splitsing (artikel 2:334hh lid 2 BW, zie tevens paragraaf 3.8.8.). Het van toepassing zijn van artikel 2:334hh lid 1 BW heeft tot gevolg dat volstaan kan worden met een vereenvoudigd voorstel tot splitsing, waarin de gegevens als bedoeld in artikel 2:334y BW niet zijn opgenomen. Nu de hybride splitsing geen basis heeft in de Zesde richtlijn kunnen bij een grensoverschrijdende splitsing de gegevens als bedoeld in artikel 2:334y BW niet achterwege worden gelaten, wanneer het recht dat van toepassing is op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen daarin niet voorziet. Er kan immers slechts één voorstel tot splitsing worden opgemaakt, dat *cumulatief* zal moeten voldoen aan de eisen gesteld door het recht dat van toepassing is op alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen.

De evenredige splitsing heeft wel een basis in de Zesde richtlijn (artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn). Met het van kracht worden van Richtlijn 2009/109/EG¹⁸ is deze bepaling van de Zesde richtlijn dwingend van karakter geworden. Het dwingende karakter van deze bepaling zorgt ervoor dat in alle lidstaten die de splitsing geregeld hebben, de evenredige splitsing een basis heeft.

In het kader van de implementatie van artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn heeft de Nederlandse wetgever artikel 2:334y BW geheel buiten toepassing verklaard bij de evenredige splitsing. Daardoor hoeft het voorstel tot splitsing geen gegevens te

¹⁶ Van Solinge 1994, p. 165.

¹⁷ Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, 80, 76, 79 en in dezelfde zin: Landgericht Kiel, BB 1998, 120.

¹⁸ Richtlijn 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en Richtlijn 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft, PB L 259 van 2.10.2009, p. 14 – 21. Zie hierover tevens: Van Eck en Roelofs 2010-II, p. 108 – 112 en Verbrugh 2011, p. 217 – 222.

bevatten omtrent de ruilverhouding. Het is echter de vraag of de Nederlandse wetgever hiermee artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn niet 'te ruim' geïmplementeerd heeft en of de Nederlandse wetgeving nog wel in overeenstemming is met artikel 3 Zesde richtlijn, dat de minimuminhoud van het voorstel tot splitsing omschrijft en tevens voorschrijft dat het voorstel tot splitsing gegevens moet bevatten over de ruilverhouding.¹⁹ Naar mijn mening zullen, met name bij grensoverschrijdende splitsing, de gegevens zoals opgenomen in artikel 3 Zesde richtlijn moeten worden vermeld, ook al is dat op basis van artikel 2:334hh lid 2 BW niet noodzakelijk bij een evenredige splitsing.

In de parlementaire geschiedenis zijn niet veel woorden gewijd aan de evenredige splitsing en al ook niet aan de basis in de Zesde richtlijn voor het buiten toepassing verklaren van artikel 2:334y BW. Artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn biedt in ieder geval naar mijn mening geen basis voor een vereenvoudigd voorstel tot splitsing waarin alle gegevens als bedoeld in artikel 2:334y BW achterwege worden gelaten. Uiteraard zullen bepaalde gegevens die beschreven zijn in artikel 2:334y BW minder belangrijk zijn bij evenredige splitsing. Zo zal duidelijk zijn dat de aandeelhouders van de splitsende vennootschap met ingang van het van kracht worden van de splitsing zullen delen in de winst van de verkrijgende vennootschap (pen), nu deze in het kader van de splitsing nieuw worden opgericht. De *evenredigheid* waarin de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap(pen) ten opzichte van hun aandeelhouderschap in de splitsende vennootschap neemt echter niet weg dat de ruilverhouding toch van belang kan zijn. De ruilverhouding hoeft bij evenredige splitsing immers niet één op één (1:1) te zijn om de evenredigheid te behouden. Een andere ruilverhouding (bijvoorbeeld één aandeel in de verkrijgende vennootschap in ruil voor twee aandelen in de splitsende vennootschap (1:2)) is ook mogelijk om de evenredigheid te behouden. Dat gegeven zal in ieder geval in het voorstel tot (grensoverschrijdende) splitsing moeten worden opgenomen en op dit punt kan artikel 2:334y BW niet buiten toepassing blijven.

Omdat een directe basis op unieniveau voor een vereenvoudigd voorstel tot splitsing bij de evenredige splitsing in de zin van artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn / artikel 2:334hh lid 2 BW ontbreekt, is het bij een grensoverschrijdende toepassing van de evenredige splitsing maar de vraag of ook vanuit het perspectief van het recht dat op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen van toepassing is, volstaan kan worden met een vereenvoudigd voorstel tot splitsing. Gezien het feit dat er slechts één voorstel tot splitsing kan worden opgesteld, moet naar mijn mening bij een grensoverschrijdende toepassing van de evenredige splitsing toch artikel 2:334y BW toegepast worden.

19 Roelofs en Van Eck 2011, p. 129.

7.2.2.2 De toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing

Naast het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, moet voor iedere partij bij de splitsing een toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing worden opgemaakt. De voorschriften betreffende de toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing moeten *gedifferentieerd cumulatief* worden toegepast. *Cumulatief*, omdat voor iedere vennootschap een toelichting wordt opgesteld – en dus zowel wordt voldaan aan de eisen van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap als aan de eisen van het recht dat van toepassing is op de reeds bestaande verkrijgende vennootschap(en), *gedifferentieerd* omdat iedere vennootschap daarbij de eigen *lex societatis* volgt. In tegenstelling tot hetgeen bij (grensoverschrijdende) fusie het geval is op basis van artikel 9 lid 3 Richtlijn 2011/35/EU en artikel 2:313 lid 4 BW, kan van de toelichting op het voorstel tot splitsing niet door de aandeelhouders worden afgezien.²⁰ De Zesde richtlijn biedt daar geen ruimte toe.

De toelichting op het voorstel tot splitsing heeft haar basis in artikel 7 Zesde richtlijn, in de Nederlandse wet is de verplichting tot het opstellen van deze toelichting opgenomen in artikel 2:334g BW en artikel 2:334z BW. De toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing is niet een gezamenlijk document zoals het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing dat is. Voor iedere partij bij de splitsing moet een aparte toelichting worden opgesteld. Het is daarom naar mijn mening zo dat de toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing alleen moet voldoen aan de eisen van het toepasselijke recht op de betreffende partij bij de grensoverschrijdende splitsing.²¹ Op die manier wordt de toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing wat betreft de Nederlandse vennootschap alleen beheerst door artikel 2:334g BW en artikel 2:334z BW en voor de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap(en) door hun eigen *lex societatis*.

Indien volstaan kan worden met een toelichting op het voorstel tot splitsing met minder gegevens, of indien de toelichting op het voorstel tot splitsing zelfs geheel achterwege kan worden gelaten, zoals bij de hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW, respectievelijk de evenredige splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 2 BW, dan kan ook bij een grensoverschrijdende splitsing volstaan worden met een vereenvoudigde toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, respectievelijk kan de toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing geheel achterwege worden gelaten voor de betreffende vennootschap. Bij de evenredige splitsing zal dat niet tot problemen leiden, aangezien de evenredige splitsing een basis heeft in de Zesde richtlijn. Wat betreft de hybride splitsing kan de toelichting in ieder geval achterwege blijven voor de vennootschap die beheerst wordt door Nederlands recht.

²⁰ Van Eck en Roelofs 2010-II, p. 111.

²¹ Van Solinge 1994, p. 230.

Ook het Finse recht en het Deense recht gaan uit van gedifferentieerd cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen. Wat betreft het Deense recht blijkt dat uit de redactie van § 293 Danish Companies Act en de plaatsing van die paragraaf tussen de overige paragrafen betreffende splitsing en het feit dat geen specifieke bepalingen zijn opgenomen omtrent de toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing. Ook het Finse recht bevat geen specifieke bepaling betreffende de toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, anders dan Section 21 (3) Osakeyhtiölaki, waarin is bepaald dat het bestuur van de door Fins recht beheerste vennootschap een toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing dient op te stellen.

7.2.2.3 De tussentijdse vermogensopstelling

Indien het laatste boekjaar van een bij de splitsing betrokken vennootschap meer dan zes maanden voor de neerlegging of openbaarmaking van het voorstel tot splitsing is verstreken, moet in principe een tussentijdse vermogensopstelling worden opgemaakt (artikel 2:334g lid 2 BW). Dit voorschrift is gebaseerd op artikel 9 Zesde richtlijn. Een tussentijdse vermogensopstelling hoeft niet te worden opgemaakt indien de vennootschap een halfjaarlijks financieel verslag als bedoeld in artikel 5 van Richtlijn 2004/109/EG²² bekendmaakt en dit aan de aandeelhouders beschikbaar stelt.²³ Artikel 9 Zesde richtlijn is grotendeels dwingend van karakter.

Indien de boekjaren van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen niet gelijk lopen, kan het voorkomen dat voor de ene vennootschap wel een tussentijdse vermogensopstelling moet worden opgemaakt en voor de andere vennootschap niet. De vraag is vervolgens aan welke eisen de tussentijdse vermogensopstelling moet voldoen: alleen aan de eisen gesteld door het recht dat van toepassing is op de vennootschap waarvoor de tussentijdse vermogensopstelling moet worden opgesteld of ook aan de eisen gesteld door het recht dat van toepassing is op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap(en).

De tussentijdse vermogensopstelling is in de eerste plaats bedoeld om inzicht te geven in de financiële positie van de vennootschap waarop deze betrekking heeft. Daarnaast kunnen aandeelhouders zich met behulp van de tussentijdse vermogensopstelling een beter beeld vormen over de ruilverhouding vanuit het perspectief van de vennootschap waarop de tussentijdse vermogensopstelling betrekking heeft. De tussentijdse vermogensopstelling is noodzakelijk om de aandeelhouders zo goed mogelijk in te lichten over de vermogenstoestand van de vennootschap.²⁴ De

22 Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG, PB L 390 van 31.12.2004, p. 38 – 57.

23 Zie artikel 3 lid 5 2009/109/EG, geïmplementeerd in artikel 2:334g lid 3 BW.

24 *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 453, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 7.

tussentijdse vermogensopstelling wordt opgemaakt met inachtneming van de waarderingsmethoden die in de laatst vastgestelde jaarrekening of andere financiële verantwoording zijn toegepast (artikel 2:334g lid 2 BW en artikel 9 lid 2 Zesde richtlijn). Die laatste jaarrekening werd ingericht volgens de eisen van het op de betreffende vennootschap toepasselijke recht en niet volgens de eisen van het recht dat van toepassing is op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap(pen). Derhalve wordt (i) de vraag of een tussentijdse vermogensopstelling moet worden opgemaakt en zo ja (ii) aan welke eisen die tussentijdse vermogensopstelling moet voldoen, louter beheerst door het recht dat van toepassing is op de vennootschap waar die tussentijdse vermogensopstelling betrekking op heeft.

Bij een evenredige grensoverschrijdende splitsing zal, gezien het dwingende karakter van artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn, voor geen enkele bij de splitsing betrokken vennootschap een tussentijdse vermogensopstelling vereist zijn, omdat artikel 9 lid 1 sub c Zesde richtlijn en wat betreft de Nederlandse vennootschap het daarop gebaseerde artikel 2:334g BW niet van toepassing zijn.

7.2.2.4 De benoeming en taak van accountants

De accountant heeft verschillende taken bij een juridische splitsing waarbij een naamloze of besloten vennootschap wordt gesplitst of opgericht. Deze taken zijn beschreven in artikel 2:334aa BW en artikel 2:334bb BW²⁵ en vloeien voort uit artikel 8 Zesde richtlijn en artikel 10 Tweede richtlijn.²⁶

Het aantal accountants bij grensoverschrijdende splitsing

Bij een nationale juridische splitsing – die zich afspeelt binnen Nederland – volstaat de benoeming van één accountant voor alle bij de splitsing betrokken vennootschappen. Dat is anders indien twee of meer partijen bij de splitsing – i.e. de splitsende vennootschap en elke verkrijgende vennootschap, met uitzondering van de vennootschap die bij de splitsing wordt opgericht – naamloze vennootschappen zijn. In dat geval bepaalt artikel 2:334aa lid 4 BW dat slechts dezelfde persoon als accountant wordt aangewezen indien de voorzitter van de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam de aanwijzing op hun eenparig verzoek heeft goedgekeurd.

In artikel 8 lid 1 Zesde richtlijn is bepaald dat lidstaten kunnen bepalen dat één of meer onafhankelijke deskundigen worden aangewezen voor alle vennootschappen die aan de splitsing deelnemen, indien die aanwijzing, op gezamenlijk verzoek van deze vennootschappen, door de overheid of de rechter geschiedt. Deze facultatieve

²⁵ Zie tevens paragraaf 2.7.4 en paragraaf 3.9.4.

²⁶ Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Pb. L 026 van 31.01.1977, p. 1 – 13.

regeling is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd in artikel 2:334aa lid 3 BW, zij het dat dit alleen gedaan is voor de splitsing waarbij twee of meer naamloze vennootschappen partij bij de splitsing zijn. Dat is ook logisch, aangezien de Zesde richtlijn slechts ziet op de splitsing van naamloze vennootschappen en uit artikel 2:334aa lid 3 eerste volzin BW volgt dat in principe slechts voor een splitsing waarbij twee of meer naamloze vennootschappen partij zijn voor iedere naamloze vennootschap een aparte accountant wordt aangewezen.²⁷

Bij een grensoverschrijdende splitsing komt de vraag aan de orde hoeveel accountants betrokken moeten zijn. Volledig cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de partijen bij de grensoverschrijdende splitsing zou ertoe leiden dat voor iedere naamloze vennootschap twee accountants moeten worden aangewezen, namelijk: één krachtens Nederlands recht en één krachtens het recht dat van toepassing is op de door het recht van een andere staat beheerste naamloze vennootschap. Vanuit het oogpunt van artikel 2:334aa lid 3 BW kan volstaan worden met de aanwijzing van één accountant, indien (i) de partijen bij de splitsing vennootschappen zijn van het b.v.-type, of (ii) indien twee of meer partijen bij de splitsing vennootschappen zijn met een naamloos karakter, in welk geval goedkeuring van de aanwijzing van één accountant noodzakelijk is. Naar mijn mening moeten ook vennootschappen met een naamloos karakter, beheerst door het recht van andere lidstaten, worden aangemerkt als 'naamloze vennootschap' in de zin van artikel 2:334aa lid 4 BW. Als uitgangspunt voor de beantwoording van de vraag of de vennootschap beheerst door het recht van een andere lidstaat kwalificeert als een vennootschap met een naamloos karakter, kan de lijst met rechtsvormen die is opgenomen in artikel 1 lid 1 Zesde richtlijn jo. artikel 1 Richtlijn 2011/35/EU gebruikt worden.

Gezien het facultatieve karakter van artikel 8 lid 1 Zesde richtlijn kan het voorkomen dat het recht van de staat dat van toepassing is op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen niet voorziet in de mogelijkheid tot aanwijzing van één accountant voor de splitsing. Kent het recht van een lidstaat niet de mogelijkheid tot goedkeuring van de aanwijzing van één accountant, dan zal voor iedere vennootschap betrokken bij de splitsing een accountant moeten worden aangewezen.

Bij grensoverschrijdende fusie roept de aanwijzing van één of meer accountants eveneens vragen op. Ten aanzien van de accountantsverklaring bij grensoverschrijdende fusie is verdedigd artikel 2:328 lid 3 BW en de betreffende bepaling van het op de andere vennootschap toepasselijke recht uit te leggen conform het principe van artikel 8 lid 1 Tiende richtlijn. In dat artikel is bepaald dat voor elke vennootschap betrokken bij een grensoverschrijdende fusie in principe één onafhankelijke deskundige wordt aangewezen. Dit uitgangspunt zou moeten prevaleren en het resultaat daarvan is dat bij een grensoverschrijdende fusie maximaal evenveel accountants worden aangewezen als er fuserende vennootschappen zijn. In de

²⁷ Zie in dezelfde zin ten aanzien van de benoeming van accountants bij fusie: Van Boxel 2011, p. 159, 160.

praktijk blijkt die benadering ook te worden gevolgd bij de grensoverschrijdende fusie waarbij een SE wordt gevormd.²⁸

In het kader van grensoverschrijdende fusie is verdedigd dat, los van het aantal accountants dat betrokken is bij de grensoverschrijdende fusie, het voor de hand ligt dat voor de Nederlandse naamloze vennootschap een Nederlandse accountant wordt aangewezen en voor de andere fuserende vennootschap, die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat, een accountant uit die lidstaat. Op die wijze lijkt de deskundigheid ook het meest gewaarborgd. Indien dat anders zou zijn, zou een Nederlandse accountant een buitenlandse vennootschap moeten onderzoeken en controleren (en vice versa).²⁹ Hetzelfde geldt naar mijn mening voor grensoverschrijdende splitsing: bij de grensoverschrijdende splitsing zouden maximaal evenveel accountants betrokken moeten zijn als partijen bij de splitsing en, indien meerdere accountants betrokken zijn, een Nederlandse accountant voor de door Nederlands recht beheerste naamloze vennootschap en een accountant uit een andere lidstaat voor de door het recht van die andere lidstaat beheerste vennootschap.

Indien in het recht van beide staten de mogelijkheid is opgenomen te opteren voor de aanwijzing van één accountant, komt de vraag op welke overheid of rechter de bevoegdheid heeft deze accountant *aan te wijzen* – in de bewoordingen van artikel 8 lid 1 Zesde richtlijn – of *goed te keuren* – in de bewoordingen van artikel 2:334aa lid 4 BW – : de overheid of rechter van de staat waarvan het recht van toepassing is op de splitsende vennootschap of die van de staat waarvan het recht van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en). Eenzelfde vraag is aan de orde gekomen voor grensoverschrijdende fusie. Vooropgesteld moet worden dat artikel 2:328 lid 3 BW hierover niet geheel duidelijk is. Verdedigd is dat het voor de hand ligt artikel 2:328 lid 3 BW te interpreteren in het licht van artikel 8 lid 2 Tiende richtlijn. Artikel 8 lid 2 Tiende richtlijn voorziet in een duidelijke regeling. Daarin is bepaald dat de machtiging of goedkeuring door één rechterlijke of administratieve instantie in één van de betrokken lidstaten voldoende is. Deze aanwijzing zal ook in de lidstaten onder welks recht de andere fuserende vennootschappen ressorteren, moeten worden erkend.³⁰ Het mag niet zo zijn dat andere lidstaten eisen dat dergelijke instanties in die (eigen) lidstaten ook één of meer onafhankelijke deskundigen moeten aanwijzen, dan wel één en ander moeten goedkeuren (of bekrachtigen).

Hoewel dit niet ondubbelzinnig volgt uit artikel 2:328 lid 3 BW en artikel 8 Tiende Richtlijn, hebben de fuserende vennootschappen keuzevrijheid wat betreft de rechter van de lidstaat die zij adiëren ter goedkeuring van de aanwijzing van één deskundige. Zij hebben hierbij de keuze de goedkeuring te vragen aan: (i) de rechter van de lidstaat waarvan het recht van toepassing is op de splitsende vennootschap of

28 Vz. Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2007, ARO 2007/115 (HCES N.V.; Home Credit Grand Holding A.S.; HC Holding A.S.).

29 Van Eck en Roelofs 2010-III, p. 66.

30 Van Eck en Roelofs 2010-III, p. 66.

(ii) de rechter van de lidstaat waarvan het recht van toepassing is op de reeds bestaande verkrijgende vennootschap(pen).

Eenzelfde keuzevrijheid bestaat naar mijn mening bij grensoverschrijdende splitsing: zowel de overheid of rechter in de staat van de splitsende vennootschap is bevoegd de aanwijzing te doen of goed te keuren, als de overheid of rechter in de staat van de reeds bestaande, verkrijgende vennootschap(pen). Wordt in het kader van een grensoverschrijdende splitsing een nieuwe vennootschap opgericht, dan is die nieuw opgerichte vennootschap geen partij bij de splitsing en ten aanzien van die vennootschap hoeft voor het onderzoek van de splitsing en aanverwante documenten geen accountant te worden aangewezen. De overheid of rechter van die staat is dan ook niet bevoegd de accountant aan te wijzen of de benoeming van één accountant goed te keuren.

Als de partijen bij de splitsing een keuze hebben gemaakt aan welke rechter zij de goedkeuring van de benoeming van één deskundige voorleggen, komt de vraag op welke deskundige door die rechter zal worden aangewezen: die van de lidstaat waarvan het recht van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen), of die van de lidstaat waarvan het recht van toepassing is op de splitsende vennootschap. De Tiende richtlijn bevat geen regels voor die situatie in het geval van grensoverschrijdende fusie. De rechter zal in dat geval waarschijnlijk de *lex fori* toepassen.³¹ Dit houdt bijvoorbeeld in dat, indien de Nederlandse rechter – de Ondernemingskamer – om goedkeuring wordt gevraagd, waarschijnlijk een Nederlandse accountant wordt benoemd. Het ligt voor de hand dat de inhoud van de verklaring van de deskundige dan eveneens wordt bepaald aan de hand van het recht van de lidstaat van de aanwijzende/goedkeurende rechter. De keuze voor de goedkeurende instantie in een lidstaat heeft daarmee verstrekkende gevolgen en dit zou betekenen dat deze keuze indirect een keuze behelst voor het recht dat van toepassing is op de inhoud van de deskundigenverklaring.

Bij keuze voor de Nederlandse rechter als goedkeurende rechter, die een Nederlandse accountant aanwijst, zou door de accountant ook de ‘ten minste verklaring’ moet worden afgegeven als bedoeld in artikel 2:334aa lid 2 BW – indien de door Nederlands recht beheerste splitsende vennootschap blijft voortbestaan – en de inbrengverklaring als bedoeld in artikel 2:334bb BW – indien een door Nederlands recht beheerste naamloze vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap. Hierna zal ik verdedigen dat de ‘ten minste verklaring’ en de inbrengverklaring niet op haar plaats zijn wanneer de splitsende vennootschap, die blijft voortbestaan, wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat, respectievelijk de verkrijgende vennootschap wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat dan Nederland. Dat zou een ongewenste en ongeoorloofde inmening vormen van de Nederlandse wetgever in een buitenlands rechtssysteem.

Wanneer de rechter of goedkeurende instantie van een andere lidstaat wordt gevraagd de aanwijzing van één accountant goed te keuren en het betreft een (vanuit

31 Van Solinge 1994, p. 232, Van Eck en Roelofs 2010-III, p. 66 en in andere zin: Van Boxel 2011, p. 161.

Nederlands perspectief) inbound grensoverschrijdende splitsing, dan zou naar mijn mening deze deskundige naast zijn oordeel over de ruilverhouding, tevens een inbrengverklaring moeten afgeven conform artikel 2:334bb BW indien de verkrijgende vennootschap een door Nederlands recht beheerste naamloze vennootschap is. Indien de inbrengverklaring bij de inbound grensoverschrijdende splitsing ontbreekt, zal de Nederlandse notaris de akte van splitsing niet kunnen passeren omdat niet alle voorschriften zijn nageleefd (art. 2:334n lid 2 BW).

Taken van de accountant

De accountant heeft bij splitsing de volgende taken: (i) hij moet het voorstel tot splitsing onderzoeken en verklaren of de voorgestelde ruilverhouding redelijk is (artikel 2:334aa lid 1 BW), (ii) hij moet een verslag opstellen waarin hij zijn oordeel geeft over de mededelingen die gedaan zijn in de toelichting op het voorstel tot splitsing (artikel 2:334aa lid 3 BW) en (iii) indien de splitsende vennootschap voortbestaat, een ‘ten minste verklaring’ afgeven. Deze verklaring houdt in dat de waarde van het deel van het vermogen dat de splitsende vennootschap zal behouden, vermeerderd met de waarde van aandelen in het kapitaal van verkrijgende vennootschap(en) die zij bij de splitsing verkrijgt, bepaald naar de dag waarop haar jaarrekening of tussentijdse vermogensopstelling betrekking heeft en bij toepassing van in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar beschouwde waarderingsmethoden, ten minste overeen kwam met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die de vennootschap onmiddellijk na de splitsing krachtens de wet of de statuten moet aanhouden en vermeerderd met het totaal bedrag van de schadeloosstelling waarop aandeelhouders op grond van artikel 2:334ee1 BW recht kunnen doen gelden. Indien een – thans, bij gebrek aan een wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing facultatief – recht op schadeloosstelling wordt gecreëerd ten behoeve van houders van gewone aandelen die tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd (zie tevens paragraaf 7.5.), zal hiermee naar mijn mening ook bij de accountantsverklaring rekening moeten worden gehouden. Dat is immers ook bij grensoverschrijdende fusie het geval op basis van artikel 2:333g BW. Het is naar mijn mening geen vreemde gedachte deze schadeloosstelling mee te laten wegen bij de accountantsverklaring, omdat ook het bedrag van de schadeloosstelling op basis van artikel 2:334ee1 BW voor de houders van aandelen zonder stemrecht en houders van aandelen zonder winstrecht die tegen de splitsing hebben gestemd wordt meegewogen bij de accountantsverklaring.

De ‘ten minste-verklaring’ / inbrengverklaring nader bezien in grensoverschrijdend perspectief

Van de ‘ten minste verklaring’ als bedoeld in artikel 2:334aa lid 2 BW kan niet worden afgezien. Deze bepaling vloeit niet rechtstreeks voort uit de Zesde richtlijn, maar ziet op kapitaalbescherming. De gedachte achter deze bepaling is dat de accountant moet verklaren dat ten aanzien van de splitsende vennootschap voldaan

is aan de eisen van het minimumkapitaal. Hoewel het minimumkapitaal en de daarbij horende accountantsverklaring voor de besloten vennootschap met het van kracht worden van de wetgeving omtrent de Flex BV per 1 oktober 2012³² is komen te vervallen, is de accountantsverklaring op basis artikel 2:334aa lid 2 BW gehandhaafd voor de besloten vennootschap.³³ De handhaving van de ten minste verklaring voor de besloten vennootschap is vreemd, nu voor de besloten vennootschap geen wettelijk minimumkapitaal meer geldt. De ten minste verklaring voor de besloten vennootschap zou naar mijn mening daarom moeten worden geschrapt, bijvoorbeeld door middel van een zogenoemde ‘veegwet’.³⁴

De verklaring in de zin van artikel 2:334aa lid 2 BW moet ook bevatten ‘het totale bedrag van de schadeloosstelling waarop aandeelhouders op grond van artikel 2:334ee1 BW recht kunnen doen gelden’. Op het moment van het afgeven van de verklaring van de accountant ex artikel 2:334aa lid 2 BW is echter nog niet duidelijk wat de hoogte is van de schadeloosstelling waarop aandeelhouders recht zullen doen gelden. Nog niet duidelijk is immers welke houders van winstrechtloze aandelen tegen de voorgenomen grensoverschrijdende splitsing zullen gaan stemmen en daadwerkelijk gebruik gaan maken van hun recht op schadeloosstelling. De accountant zal hiermee rekening moeten houden en conform de tekst van artikel 2:334aa lid 2 BW het *totale bedrag van de schadeloosstelling* waarop aandeelhouders recht kunnen doen gelden in ogenschouw moeten nemen, ook de eventueel te betalen schadeloosstellingen aan houders van ‘gewone’ aandelen die zich als minderheid tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben verzet, indien er – thans, bij gebrek aan een wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing – een facultatief recht op schadeloosstelling is gecreëerd voor houders van gewone aandelen.

Bij een grensoverschrijdende splitsing kan de verklaring op basis van artikel 2:334aa lid 2 BW, de ‘ten minste verklaring’, knellend werken wanneer deze bepaling wordt toegepast op de door het recht van een andere staat beheerste vennootschap. In dat geval zou het kapitaal van de door het recht van een andere staat beheerste vennootschap worden beoordeeld aan de hand van de minimumkapitaaleisen gesteld door Nederlands recht. In het kader van de ‘ten minste verklaring’ bij grensoverschrijdende fusie op basis van artikel 2:308 jo. artikel 2:333g jo. artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW is opgemerkt dat het opleggen van deze verklaring bij een outbound-grensoverschrijdende fusie een ongewenste en ongeoorloofde inmenging vormt van de Nederlandse wetgever in een buitenlands rechtssysteem, terwijl de inbrengverklaring niet voortvloeit uit Richtlijn 2011/35/EU, noch uit de Tiende

32 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht), Stb. 2012, 299 en Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht), Stb. 2012, 300.

33 Roelofs 2012-VI, p. 13.

34 Van Eck en Roelofs, 2010-III, p. 66, 67.

richtlijn.³⁵ Van Solinge en Van Boxel menen dat het aan het recht van de verkrijgende vennootschap is te voorzien in enige bescherming van kapitaal of vermogen van door het recht van die staat beheerste vennootschappen door bijvoorbeeld een inbrengverklaring voor te schrijven. Zij pleiten ervoor bij een eventuele wetwijziging dit voorschrift te laten vervallen voor de outbound grensoverschrijdende fusie. Van Veen lijkt daar anders over te denken.³⁶ Als ik hem goed begrijp, ziet hij in de basis van de conflictregel zoals geformuleerd in artikel 4 lid 1 Tiende richtlijn – ik vermoed dat hij met name doelt op de eerste zin van artikel 4 lid 1 sub b Tiende richtlijn (‘moet een vennootschap die aan een grensoverschrijdende fusie deelneemt, voldoen aan de bepalingen en formaliteiten van de op haar toepasselijke nationale wetgeving.’) – een grond voor toepassing van artikel 2:328 BW – of bepalingen van die strekking – bij grensoverschrijdende fusie, mede gezien het feit dat in artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn wordt verduidelijkt dat de in artikel 4 lid 1 sub b Tiende richtlijn bedoelde bepalingen en formaliteiten met name betrekking hebben op de bescherming van schuldeisers van de fuserende vennootschappen, obligatiehouders en houders van effecten en aandelen. Omdat volgens Van Veen met artikel 2:328 BW zowel de belangen van aandeelhouders als de belangen van crediteuren ‘in het geding zijn’,³⁷ is het volgens hem niet onverdedigbaar om bepalingen van deze strekking ook bij grensoverschrijdende fusie toe te passen.

Hoewel naar mijn mening ontegenzeggelijk vaststaat dat uit de bepalingen omtrent (het behoud van) minimumkapitaal een zekere beschermende werking uitgaan ten opzichte van aandeelhouders en crediteuren, is het naar mijn mening onjuist te stellen dat deze bepalingen *betrekking* hebben op de bescherming van schuldeisers van de fuserende vennootschappen, obligatiehouders en houders van effecten of aandelen: deze bepaling (artikel 2:328 BW) heeft betrekking op het behoud van minimumkapitaal en niet op de bescherming van schuldeisers en aandeelhouders.

Van Veen nuanceert zijn standpunt door te stellen dat artikel 2:328 BW zich alleen richt tot de Nederlandse fuserende vennootschappen en niet tot de buitenlandse fuserende vennootschappen. Er wordt volgens hem dus niet ingegrepen in het recht dat op de buitenlandse fuserende vennootschappen van toepassing is. Indien ten aanzien van de buitenlandse fuserende vennootschappen geen verplichting bestaat om de bedoelde verklaring of een vergelijkbaar document te doen opmaken, leidt art. 4 lid 1 Tiende Richtlijn er volgens Van Veen toe dat ten aanzien van de buitenlandse fuserende vennootschap de bedoelde verklaring of een daarmee vergelijkbaar document geen onderdeel uitmaakt van de fusiedocumentatie. Bezwaarlijk is

35 Van Solinge en Van Boxel 2008, p. 885 – 896, Van Eck en Groenland 2010, p. 9 – 13, Van Eck en Roelofs 2010-III, p. 62 en Van Boxel 2011, p. 324.

36 Van Veen, ‘*GS Rechtspersonen*’, art. 2:333g BW, aant. 2.

37 Bedoeld zal zijn dat met artikel 2:328 BW de belangen van aandeelhouders en crediteuren worden beschermd.

dit op zichzelf volgens hem niet aangezien ten aanzien van elke vennootschap *afzonderlijk* een attest dient te worden afgegeven. Dat attest heeft alleen betrekking op de naleving van de krachtens het op *haar* toepasselijke recht geldende voorschriften en zou in het geval van een vanuit Nederlands perspectief outbound-grensoverschrijdende fusie niet ten gevolge hebben dat artikel 2:328 BW wordt toegepast ten aanzien van de verkrijgende vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere staat.

Naar mijn mening doet hetzelfde fenomeen zich voor bij een – vanuit Nederlands perspectief – inbound grensoverschrijdende splitsing waarbij de door het recht van een andere staat beheerste vennootschap vermogen afsplitst en blijft voortbestaan. In dat geval kan naar mijn mening artikel 2:334aa lid 2 BW niet worden toegepast ten aanzien van de splitsende vennootschap, omdat dat eveneens een inmenging van de Nederlandse wetgever in een buitenlands rechtssysteem vormt.

Indien een in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw opgerichte of reeds bestaande verkrijgende naamloze vennootschap aandelen toekent, geldt artikel 2:334bb BW. Ten aanzien van de in het kader van de grensoverschrijdende splitsing toegekende aandelen is een inbrengverklaring vereist.³⁸ Deze bepaling ziet naar mijn mening slechts op de verkrijgende naamloze vennootschap die wordt beheerst door Nederlands recht. Ook artikel 2:334bb BW is immers een regel van kapitaalbescherming en toepassing van artikel 2:334bb BW op een vennootschap met een naamloos karakter die wordt beheerst door het recht van een andere (lid) staat zou, net als bij de toepassing van de ‘ten minste verklaring’, leiden tot een ongeoorloofde inmenging van het Nederlandse recht in de rechtssfeer van een door het recht van een andere staat beheerste vennootschap.

Afzien van accountantsverklaringen

Het onderzoek van het voorstel tot splitsing door de accountant en de verklaring van de accountant ten aanzien van de redelijkheid van de ruilverhouding en het verslag van de accountant kunnen achterwege blijven indien de aandeelhouders van elke partij bij de splitsing daarmee instemmen (artikel 2:334aa lid 7 BW). Ook de houders van aandelen zonder stemrecht moeten instemmen met het achterwege laten van deze verklaringen.³⁹ De ‘ten minste verklaring’ kan niet achterwege worden gelaten. Artikel 2:334aa lid 7 BW is gebaseerd op artikel 10 Zesde richtlijn en biedt lidstaten de mogelijkheid in hun wetgevingen op te nemen dat bepaalde onderdelen van de accountantsverklaring niet vereist zijn.

Implementatie van artikel 10 Zesde richtlijn is optioneel en het kan daarom voorkomen dat krachtens het recht van andere lidstaten wel volledige betrokkenheid van een accountant vereist is. Bij een grensoverschrijdende splitsing komt de vraag

38 Voor de besloten vennootschap is deze inbrengverklaring niet meer vereist, zie hierover: Roelofs 2012-VI, p. 13 en Van Eck 2013, p. 21.

39 Dortmund 2010, p. 522 – 523 en Van Boxel 2011, p. 170.

op of het onderzoek van de accountant, de verklaring ten aanzien van de redelijkheid van de ruilverhouding en het verslag van de accountant achterwege kunnen blijven indien het recht dat van toepassing is op de ene vennootschap wel voorziet in de mogelijkheid af te zien van deze verklaringen en het recht dat van toepassing is op de andere bij de splitsing betrokken vennootschap(pen) niet. Deze kwestie speelt ook bij grensoverschrijdende fusie, maar noch de Tiende richtlijn, noch Afdeling 2.7.3A BW voorzien hieromtrent in regels.

Uit de bewoordingen van artikel 8 lid 1 Zesde richtlijn is af te leiden dat – in principe – voor elke vennootschap die aan de splitsing deelneemt, onafhankelijke deskundigen – accountants – het voorstel tot splitsing onderzoeken. Dat betekent mijn inziens ook dat indien het recht dat van toepassing is op één van de partijen bij de splitsing de mogelijkheid biedt af te zien van deze accountantsverklaringen en het recht dat van toepassing is op de andere partijen bij de splitsing niet, voor die eerste vennootschap afgezien kan worden van deze verklaringen en voor die tweede vennootschap niet.

Taken van de accountant bij gefaciliteerde splitsingen

De Nederlandse wet kent twee vormen van splitsing die civielrechtelijk gefaciliteerd zijn en waarbij de accountant een geringere rol heeft: de hybride splitsing (artikel 2:334hh lid 1 BW) en de evenredige splitsing (artikel 2:334hh lid 2 BW). Bij de hybride splitsing is de accountantsverklaring als bedoeld in artikel 2:334aa BW niet vereist, omdat, in de visie van de minister van Justitie, de overgang van het vermogen wordt gecompenseerd door de toekenning van aandelen in de verkrijgende vennootschap.⁴⁰ Artikel 2:334bb BW is echter wel van toepassing bij de hybride splitsing. De hybride splitsing is niet gebaseerd op de Zesde richtlijn. Dat heeft tot gevolg dat bij een grensoverschrijdende toepassing van deze vorm van splitsing – voor zover deze al toegepast kan worden, zie hierover paragraaf 6.2.4. –, de vraag opkomt of de taken van de accountant op basis van artikel 2:334aa BW achterwege gelaten kunnen worden indien krachtens het recht dat van toepassing is op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap wel verklaringen van de accountant vereist zijn. Ook hierbij geldt naar mijn mening dat uit de bewoordingen van artikel 8 lid 1 Zesde richtlijn is af te leiden dat – in principe – voor elke vennootschap die aan de splitsing deelneemt, onafhankelijke deskundigen een taak hebben en dat indien het recht dat van toepassing is op één van de partijen bij de splitsing de mogelijkheid biedt af te zien van deze accountantsverklaringen en het recht dat van toepassing is op de andere partijen bij de splitsing niet, voor de door Nederlands recht beheerste vennootschap afgezien kan worden van deze verklaringen.

De evenredige splitsing heeft, in tegenstelling tot de hybride splitsing, wel een basis in de Zesde richtlijn (artikel 22 lid 5 Zesde richtlijn). Met het van kracht worden van Richtlijn 2009/109/EG is deze bepaling van de Zesde richtlijn

⁴⁰ *Kamerstukken II*, 1995/1996, 24 702, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 24.

dwingend geworden. Het dwingende karakter van deze bepaling zorgt ervoor dat in alle lidstaten die de splitsing geregeld hebben, bij een evenredige splitsing geen accountantsverklaring meer vereist is. Bij grensoverschrijdende toepassing van de evenredige splitsing leidt dat ertoe dat in het geheel geen accountant betrokken hoeft te zijn bij de splitsing. Krachtens Nederlands recht is bij een evenredige splitsing eveneens geen ‘ten minste verklaring’ vereist en ook artikel 2:334bb BW is niet van toepassing. Dit betekent echter niet dat voor de door Nederlands recht beheerste naamloze vennootschap artikel 2:67 lid 2 BW betreffende het minimumkapitaal niet van toepassing zou zijn. Uiteraard moet ook de besloten vennootschap nog steeds voldoen aan de eisen van het minimumkapitaal zoals dat eventueel kan zijn opgenomen in de statuten. Hetzelfde geldt voor het van toepassing blijven van het vereiste van artikel 2:334w BW ten aanzien van het vermogen dat ten minste bij de splitsende vennootschap dient achter te blijven, ook al vindt daarop geen toezicht plaats door een accountant. In artikel 2:334hh lid 2 BW is immers niet bepaald dat artikel 2:67 lid 2 BW en artikel 2:334w BW geen toepassing vinden. Het ontbreken van controle op het minimumkapitaal bij grensoverschrijdende evenredige splitsing betekent nog niet dat niet voldaan moet zijn aan de eisen van minimumkapitaal.⁴¹

7.2.2.5 Publicatie en aankondiging

De neerlegging van het voorstel tot splitsing en de toelichting hierop dient voor iedere vennootschap te geschieden volgens de regels van het op iedere vennootschap toepasselijke recht. Voor wat betreft de Nederlandse vennootschap(en) moet artikel 2:334h lid 1 en 2 BW toegepast worden en moeten de daarin genoemde documenten – (i) het voorstel tot splitsing, (ii) de laatste drie vastgestelde jaarrekeningen of andere financiële verantwoordingen van de partijen bij de splitsing, met de accountantsverklaring daarbij (voor zover deze stukken ter inzage liggen of moeten liggen), (iii) de jaarverslagen van de partijen bij de splitsing over de laatste drie afgesloten jaren (voor zover deze ter inzage liggen of moeten liggen) en (iv) de tussentijdse vermogensopstellingen of niet vastgestelde jaarrekeningen, voor zover vereist ingevolge artikel 2:334g BW – ter inzage worden gelegd ten kantore van het handelsregister of langs elektronische weg bij het handelsregister openbaar worden gemaakt. Daarnaast moeten deze documenten, met inbegrip van jaarrekeningen en jaarverslagen die niet ter openbare inzage hoeven te liggen en de toelichtingen van de besturen op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing worden neergelegd ten kantore van de vennootschap of langs elektronische weg toegankelijk worden gemaakt (artikel 2:334h lid 2 BW).

Indien voor bij de splitsing betrokken vennootschappen geen jaarrekening is opgemaakt, maar een verklaring in de zin van artikel 2:403 BW is opgesteld en neergelegd bij het handelsregister, op basis waarvan de consoliderende moeder-vennootschap schriftelijk verklaart zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de

⁴¹ Van Eck en Roelofs 2012-II, p. 16.

uit rechtshandelingen van de vennootschap voortvloeiende schulden, verdient het aanbeveling de aansprakelijkheidverklaring in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW, alsmede de instemmingverklaring in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub b BW bij de te deponeren stukken te voegen.⁴²

Ook de accountantsverklaring, voor zover daarvan niet is of niet kan worden afgezien, moet ter inzage worden gelegd bij het handelsregister (artikel 2:334aa lid 6 BW), het verslag van de accountant – voor zover daarvan niet is afgezien – ligt ter inzage ten kantore van de vennootschap.

De openbaarmakingsvereisten vloeien voort uit artikel 4 Zesde richtlijn jo. artikel 3 Eerste richtlijn en artikel 9 Zesde richtlijn.⁴³ De openbaarmaking bij het handelsregister en ten kantore van de vennootschap – al dan niet in elektronische vorm – wordt beheerst door het op een vennootschap toepasselijke recht. Dat betekent dat artikel 2:333h lid 1 en lid 2 BW alleen van toepassing is op de door Nederlands recht beheerste vennootschap(en) die betrokken zijn bij de grensoverschrijdende splitsing. Voor de andere vennootschap(en) betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing – die worden beheerst door het recht van een andere staat – geldt artikel 2:334h lid 1 en lid 2 BW niet, maar gelden de bepalingen van het op die vennootschap toepasselijke recht die een implementatie zijn van artikel 4 en artikel 9 Zesde richtlijn.

Het voorstel tot splitsing en de aanverwante documenten liggen ter openbare inzage bij het handelsregister, de toelichting op het voorstel tot splitsing en de daarbij aanverwante documenten zijn slechts ter inzage voor de leden of aandeelhouders en voor hen die een bijzonder recht hebben jegens de vennootschap. Een schriftelijk advies van de ondernemingsraad over de voorgenomen splitsing is eveneens ter openbare inzage ten kantore van de vennootschap (artikel 2:334h lid 4 BW). Daarnaast geldt de inzage ook voor van houders van met medewerking van de naamloze vennootschap uitgegeven certificaten van haar aandelen en degenen die het vergaderrecht in een besloten vennootschap toekomt (artikel 2:334dd BW).

Zoals uiteen gezet zal worden in paragraaf 7.6., is de positie van werknemers en hun vennootschapsrechtelijke medezeggenschap een belangrijk punt van aandacht bij een grensoverschrijdende splitsing, net als bij een grensoverschrijdende fusie. De ingewikkelde regeling, zoals die voortvloeit uit artikel 16 Tiende richtlijn en is geïmplementeerd in artikel 2:333k BW, is daar het bewijs van. Artikel 2:333f BW bepaalt dan ook voor grensoverschrijdende fusie dat de schriftelijke toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende fusie ook ter inzage ligt voor de ondernemingsraad of voor de werknemers van de vennootschap. Op die manier hebben de werknemers eveneens inzage tot alle documenten waartoe ook de leden of aandeelhouders toegang toe hebben. Ik ben daarom van mening dat artikel 2:333f BW naar analogie toegepast zou moeten worden bij een grensoverschrijdende splitsing indien vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij een grensoverschrijdende splitsing

⁴² Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 69.

⁴³ Zie tevens paragraaf 2.7.5.

in het geding is. Zowel artikel 9 Zesde richtlijn als artikel 2:334h lid 2 BW staan niet in de weg aan terinzagelegging voor meer belanghebbenden dan de daarin genoemde leden, aandeelhouders, bijzonder gerechtigden, certificaathouders en vergadergerechtigden.

Krachtens Nederlands recht moet door de partijen bij de splitsing – hoewel enigszins ouderwets in deze moderne tijd⁴⁴ – in een landelijk verspreid dagblad aangekondigd worden dat de stukken zijn neergelegd of raadpleegbaar zijn (artikel 2:334h lid 3 BW). Ook dit vereiste geldt onverkort bij een grensoverschrijdende splitsing en is zeer belangrijk omdat dit de peildatum vormt waarop de verzettermijn voor crediteuren aanvangt (zie tevens paragraaf 3.9.7.).⁴⁵ Bij een grensoverschrijdende splitsing zal de aankondiging ook door de vennootschap die wordt beheerd door het recht van een andere staat moeten geschieden, aangezien artikel 4 Zesde richtlijn eist dat het voorstel tot splitsing voor elke vennootschap die aan de splitsing deelneemt openbaar moet worden gemaakt.

Naast de aankondiging van de neerlegging in een landelijk verspreid dagblad, zou het vanuit oogpunt van optimale informatievoorziening voor de crediteuren van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen eveneens de voorkeur verdienen ook de gegevens als opgesomd in artikel 2:333e BW aan te kondigen in de Staatscourant voor wat betreft de bij de splitsing betrokken vennootschappen. Artikel 2:333e BW is een implementatie van artikel 6 lid 2 Tiende richtlijn en ziet alleen op grensoverschrijdende fusie. Vermelding van de gegevens in het officiële publicatieblad van een lidstaat is in de Tiende richtlijn opgenomen om de belangen van aandeelhouders en derden te beschermen.⁴⁶ Hierbij dient wel aangetekend te worden dat toepassing van artikel 2:333e BW bij grensoverschrijdende splitsing zuiver vrijwillig is. Echter, met name bij een grensoverschrijdende toepassing van een herstructureringsvorm, zoals grensoverschrijdende splitsing, kan mede door de vermelding van gegevens in het nationale publicatieblad van een lidstaat, de informatievoorziening voor aandeelhouders en derden geoptimaliseerd worden.

7.2.2.6 Inlichtingenplicht

De besturen van iedere partij bij de splitsing moeten de algemene vergadering en de andere partijen bij de splitsing inlichten over na de deponering van het voorstel tot splitsing gebleken belangrijke wijzigingen in de activa en passiva die de mededelingen in het voorstel tot splitsing of de toelichting op het voorstel tot splitsing hebben beïnvloed (artikel 2:334i lid 1 BW). Deze verplichting vloeit voort uit

44 Buijn 1996, p. 80, Maatman 1996, p. 930 – 932 en Ten Voorde 2007, p. 244, Verbrugh 2007, p. 69.

45 Roelofs 2011-II, p. 8 – 10.

46 Overweging 5 Richtlijn 2005/56/EG, Van Gerven 2010, p. 15, *Kamerstukken II*, 2006/2008, 30 929, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 13, 14.

artikel 7 lid 3 Zesde richtlijn en geldt ook jegens de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen. De plicht tot het geven van inlichtingen moet naar mijn mening gedifferentieerd cumulatief toegepast worden. Het bestuur van de vennootschap waarbij wijzigingen in de activa en passiva optreden zal de algemene vergadering en de overige partijen – ook de vennootschap(en) die wordt of worden beheerst door het recht van een andere staat – moeten inlichten over de wijzigingen in de activa en passiva.

Voor de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen kan een meer uitgebreide inlichtingenplicht bestaan. Artikel 7 lid 3 Zesde richtlijn voorziet slechts in een minimumharmonisatie. In de oude bewoordingen van artikel 2:334i BW bijvoorbeeld, zoals dat gold voor het van kracht worden van de wijzigingen door middel van Wetsvoorstel 32 458 en de implementatie van Richtlijn 2009/109/EG per 1 juli 2011,⁴⁷ was opgenomen dat de inlichtingenplicht bestond voor ‘belangrijke wijzigingen in de omstandigheden die de mededelingen in het voorstel tot splitsing of in de toelichting hebben beïnvloed’ en was de inlichtingenplicht niet beperkt tot ‘belangrijke wijzigingen in de activa of passiva’. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht had echter geadviseerd artikel 2:334i lid 1 BW aan te laten sluiten bij de tekst van de Zesde richtlijn. De verplichting om melding te maken van een belangrijke wijziging van omstandigheden werd daarom vervangen door de meer concrete verplichting om melding te maken van een belangrijke wijziging van de activa en passiva.⁴⁸

47 Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259), Stb. 2011, 234 en Besluit van 14 juni 2011 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen nr. 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en richtlijn nr. 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (PbEU L 259) en artikel I van de Wet van 20 mei 2010 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met lastenverlichting voor burgers en bedrijfsleven, Stb. 2011, 294.

48 Advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie inzake wetsvoorstel 32458, wijziging van Boek 2 BW ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG betreffende verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen, 6 oktober 2010, p. 4. De fusie of splitsing mag in de visie van de wetgever geen instrument zijn om een statutenwijziging te bewerkstelligen waardoor de beperkingen die de wet stelt ten aanzien van een besluit tot statutenwijziging in het kader van een fusie of splitsing kunnen worden omzeild (*Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 19 (Amendement van de leden Van der Steur en Van Toorenburg).

7.3 De besluitvorming van de vennootschappen betrokken bij grensoverschrijdende splitsing

Het besluit tot grensoverschrijdende splitsing dient voor iedere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap op de daarvoor voorgeschreven wijze – gedifferentieerd cumulatief – te worden genomen. Voor iedere vennootschap moet het besluit tot grensoverschrijdende splitsing worden genomen door het krachtens het op de vennootschap toepasselijke recht bevoegde orgaan en met inachtneming van de door die wet en statuten gestelde meerderheids- en quorumeisen. Voor de door Nederlands recht beheerste vennootschap(pen) betekent dit dat het besluit tot splitsing moet voldoen aan de eisen gesteld in artikel 2:334m BW, artikel 2:334ee BW en artikel 2:334ff BW.

Wat betreft de door Nederlands recht beheerste vennootschap kan het besluit tot splitsing niet eerder worden genomen dan na verloop van een maand na de dag waarop de neerlegging van het voorstel tot splitsing is aangekondigd (artikel 2:334m lid 2 BW). Voor de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap (pen) geldt de eigen *lex societatis*. Dat betekent dat de periode tussen bekendmaking van het voorstel tot splitsing en het moment waarop besloten kan worden tot splitsing voor die vennootschap in theorie langer dan één maand kan zijn. Artikel 9 lid 1 Zesde richtlijn schrijft immers een minimumperiode voor van één maand.

Indirect heeft de periode tussen bekendmaking en besluitvorming krachtens het op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap(pen) toepasselijke recht wel invloed op het moment waarop de grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt, aangezien voorafgaande aan het van kracht worden van de splitsing alle betrokken vennootschap(pen) moeten hebben besloten tot splitsing. Ook de vorm waarin het besluit tot splitsing wordt genomen, moet voldoen aan het toepasselijke recht op de betreffende vennootschap. Dat betekent dat indien een door Nederlands recht beheerste naamloze vennootschap of besloten vennootschap betrokken is bij een grensoverschrijdende splitsing, de notulen van de algemene vergadering waarin tot splitsing wordt besloten, moeten worden opgemaakt bij notariële akte (artikel 2:334ee lid 3 BW).

Bij grensoverschrijdende fusie zijn evenmin bijzondere eisen gesteld aan het besluit ten opzichte van het besluit tot nationale fusie. De regels omtrent de besluitvorming tot nationale fusie worden bij grensoverschrijdende fusie gevolgd.⁴⁹ Dat is ook de basis van artikel 4 Tiende richtlijn: een vennootschap die aan een grensoverschrijdende fusie deelneemt, moet voldoen aan de bepalingen en formaliteiten van de op haar toepasselijke nationale wetgeving. Deze bepalingen en formaliteiten betreffen in het bijzonder ‘de bepalingen en formaliteiten die betrekking hebben op het besluitvormingsproces’. Artikel 9 Tiende richtlijn schrijft in aanvulling daarop slechts voor dat de algemene vergadering van elke fuserende vennootschap het gemeenschappelijk voorstel tot grensoverschrijdende fusie moet

49 Van Solinge 1994, p. 238, 239.

goedkeuren, tenzij een lidstaat op basis van artikel 8 Richtlijn 2011/35/EU van de mogelijkheid gebruik heeft gemaakt te bepalen dat de goedkeuring door de algemene vergadering van de overnemende vennootschap niet noodzakelijk is.

Artikel 6 en artikel 20 Zesde richtlijn bevatten uitzonderingen voor de vereiste goedkeuring door de algemene vergadering en kunnen zonder meer worden toegepast bij een grensoverschrijdende splitsing. Dat houdt in dat in sommige gevallen wat betreft de ene vennootschap die betrokken is bij de grensoverschrijdende splitsing het besluit tot splitsing genomen dient te worden door de algemene vergadering en wat betreft de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap het besluit tot grensoverschrijdende splitsing kan worden genomen door een ander orgaan, zoals het bestuur. Op zich is dat geen vreemde situatie. Immers, ook bij nationale splitsing kan het voorkomen dat voor de ene vennootschap de algemene vergadering van aandeelhouders besluit tot splitsing en voor de andere vennootschap het bestuur.⁵⁰

Artikel 2:334ee lid 2 BW bepaalt dat, indien een vennootschap aandelen heeft van een bepaalde soort of aanduiding – waaronder mede begrepen stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen –, naast het besluit tot splitsing van de algemene vergadering een voorafgaand of gelijktijdig goedkeurend besluit vereist is van elke groep houders van aandelen van eenzelfde soort of aanduiding aan wier rechten de splitsing afbreuk doet.⁵¹ Is sprake van een ‘afbreuk’ – hetgeen naar mijn mening in ieder geval zo is indien in ruil voor de stemrechtloze aandelen en/of winstrechtloze aandelen geen stemrechtloze aandelen en/of winstrechtloze aandelen of geen gewone aandelen met stemrecht of winstrecht worden toegekend in de verkrijgende vennootschap – dan moeten de houders van stemrechtloze aandelen en de houders van winstrechtloze aandelen in de vergadering van houders van stemrechtloze, respectievelijk winstrechtloze aandelen een goedkeurend besluit nemen over de splitsing. Zonder zo een goedkeurend besluit kan de splitsing geen doorgang vinden.⁵²

In gevallen waarin het bestuur bevoegd is tot het nemen van een besluit tot splitsing, kan de vraag opkomen of het bestuur nog steeds bevoegd is tot het nemen van een besluit tot splitsing, ook als de splitsing afbreuk zou doen aan enig recht van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Een antwoord op deze vraag is niet te vinden in de parlementaire geschiedenis. Ik zou menen dat het bestuur nog steeds bevoegd is tot het nemen van het besluit tot splitsing, maar dat

50 Bij toepassing van artikel 2:334ff lid 3 BW kan toch de algemene vergadering bevoegd zijn in plaats van het bestuur.

51 Zie tevens: Wolf 2013, p. 254.

52 In artikel 2:334ee lid 2 BW is bepaald dat artikel 2:231 lid 4 BW – waarin is bepaald dat een besluit tot statutenwijziging van de algemene vergadering dat specifiek afbreuk doet aan enig recht van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding een goedkeurend besluit behoeft van deze groep van aandeelhouders – niet van toepassing is ten aanzien van een besluit tot splitsing. Met de uitsluiting van artikel 2:231 lid 4 BW heeft de wetgever een cumulatie met de vereisten van artikel 2:334ee BW willen voorkomen.

naast het besluit van het bestuur, een voorafgaand of gelijktijdig goedkeurend besluit van elke groep houders van aandelen van eenzelfde soort of aanduiding aan wier rechten de splitsing afbreuk doet, noodzakelijk is. Het kan naar mijn mening niet de bedoeling van de wetgever geweest zijn de houders van soorten aandelen deze rechten te ontnemen wanneer het bestuur bevoegd is het besluit tot splitsing te nemen.⁵³

Indien een door Nederlands recht beheerste verkrijgende besloten vennootschap aandelen zonder stemrecht toekent in het kader van de grensoverschrijdende splitsing, dan moet het besluit tot splitsing genomen worden met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd (2:334m lid 3 jo. artikel 2:228 lid 4 BW). Heeft de door Nederlands recht beheerste besloten vennootschap geen winstrechtloze aandelen en kent deze verkrijgende besloten vennootschap winstrechtloze aandelen toe, dan moeten alle aandeelhouders van de splitsende besloten vennootschap instemmen (artikel 2:334m lid 3 jo. artikel 2:216 lid 8 BW).

Het besluit tot grensoverschrijdende splitsing heeft in de eerste plaats betrekking op de splitsing zelf. Het besluit tot splitsing moet in overeenstemming zijn met het voorstel tot splitsing (artikel 2:334m lid 2 BW). Daarnaast, al blijkt dat niet expliciet uit de Nederlandse wettekst, moeten tevens de in het kader van een grensoverschrijdende splitsing te wijzigen statuten worden goedgekeurd (artikel 5 lid 1 Zesde richtlijn jo. artikel 7 lid 3 Richtlijn 2011/35/EU).

Indien in het kader van een grensoverschrijdende splitsing een nieuwe vennootschap wordt opgericht, moeten tevens de statuten van deze nieuw op te richten verkrijgende vennootschap worden goedgekeurd door de algemene vergadering van de gesplitste vennootschap (artikel 5 lid 1 Zesde richtlijn jo. artikel 7 lid 3 Richtlijn 2011/35/EU jo. artikel 22 lid 3 Zesde richtlijn). Op zich is dat logisch, aangezien de nieuw opgerichte verkrijgende vennootschap op dat moment van besluitvorming nog niet bestaat en – althans, vanuit Nederlands perspectief – door de splitsende vennootschap wordt opgericht.

De vraag kan opkomen welk orgaan van de gesplitste vennootschap de statuten van de nieuw op te richten vennootschap moet vaststellen indien het bestuur van de gesplitste vennootschap het besluit tot grensoverschrijdende splitsing neemt, maar krachtens de *lex societatis* van de nieuw opgerichte vennootschap slechts de algemene vergadering van de gesplitste vennootschap hiertoe bevoegd zou zijn. Naar mijn mening zou in zo een geval zekerheidshalve de algemene vergadering de statuten van de nieuw op te richten verkrijgende vennootschap moeten vaststellen.

53 Roelofs 2012-VI, p. 14.

7.4 De positie van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing

Bij een grensoverschrijdende splitsing zal tevens aandacht moeten worden besteed aan de positie en bescherming van de belangen van crediteuren. De Zesde richtlijn laat de crediteurenbescherming bij nationale splitsing grotendeels ongeregeld: ⁵⁴ slechts bepaald is dat de wetgevingen van de lidstaten een ‘passende bescherming’ moeten bieden van de belangen van de schuldeisers van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen en waarvan de vorderingen vóór de openbaarmaking van het voorstel tot splitsing zijn ontstaan en ten tijde van die openbaarmaking nog niet opeisbaar zijn (artikel 12 Zesde richtlijn). Eenzelfde bepaling is opgenomen in Richtlijn 2011/35/EU voor fusie.⁵⁵ Hoe lidstaten bescherming van schuldeisers bij fusie en splitsing regelen, kunnen zij zelf bepalen.

7.4.1 *Verschillende systemen van bescherming van crediteuren*

Het Nederlandse recht kent een uitgebreide bescherming van schuldeisers bij nationale juridische splitsing. De publicatie van het voorstel tot splitsing, de aankondiging van de publicatie van het voorstel tot splitsing in een landelijk verspreid dagblad – zodat ook crediteuren kennis kunnen nemen van de voorgenomen splitsing – en het verzetrecht op basis van artikel 2:334l BW jo. 2:334k BW jo. 2:334j BW dienen allen ter bescherming van de belangen van crediteuren. Bovendien mag, wanneer verzet is gedaan, de akte van splitsing niet worden verleden als het verzet niet is ingetrokken of opheffing van het verzet uitvoerbaar is: het verzet werkt prohibitief (artikel 2:334l lid 3). In combinatie met de regelingen van artikel 2:334r BW – betreffende de voorziening overeenkomsten te wijzigen of te ontbinden –, artikel 2:334s BW – betreffende de regeling welke vennootschap rechthebbende is geworden van een bepaald goed na de splitsing – en de regeling omtrent de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) voor verbintenissen van de splitsende vennootschap (artikel 2:334t BW) is in het Nederlandse recht voorzien in bescherming van crediteuren.⁵⁶ De belangrijkste bescherming van crediteuren in het kader van splitsing is de mogelijkheid in verzet te komen tegen de splitsing. De mogelijkheid in verzet te komen geldt gedurende een periode van één maand nadat de publicatie van het voorstel tot splitsing en aanverwante documenten is aangekondigd. Daarmee vindt bescherming plaats vóórdat de splitsing van kracht wordt: de Nederlandse wetgever heeft gekozen voor een systeem bestaande uit bescherming ‘ex ante’. Het voordeel van deze bescherming ‘ex ante’ is dat deze verzettermijn van één maand samenvalt met de periode tussen de aankondiging van

54 Zie hierover de summier toelichting in de considerans bij de Zesde richtlijn, waarvan de betreffende zin luidt: ‘Overwegende dat de schuldeisers, met inbegrip van de obligatiehouders, alsook de houders van andere effecten van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen, moeten worden beschermd tegen benadeling door de splitsing’.

55 Artikel 13 Richtlijn 2011/35/EU. Zie tevens paragraaf 2.7.8.

56 Buijn, Nieuwdoorp en Simonis 1996, p. 78.

de neerlegging van het voorstel tot splitsing en het eerste moment waarop het besluit tot splitsing kan worden genomen (artikel 2:334m lid 2 BW). Het nadeel voor de besturen van de partijen bij de splitsing en de aandeelhouders is echter dat het verzet de splitsing kan vertragen, voor de schuldeisers kan dat uiteraard juist een voordeel zijn.

De Zesde richtlijn laat, zoals gezegd, de crediteurenbescherming grotendeels ongeregeld. Dit heeft tot gevolg dat zich binnen de lidstaten van de EU verschillende systemen van crediteurenbescherming hebben ontwikkeld: (i) systemen waarbij de bescherming van schuldeisers voorafgaande aan de splitsing plaatsvindt ('ex ante'), (ii) systemen waarbij de bescherming van schuldeisers na de splitsing plaatsvindt ('ex post') en (iii) systemen waarbij de bescherming van schuldeisers voorafgaande aan én na het van kracht worden van de splitsing plaatsvindt ('ex ante' en 'ex post'). Zoals beschreven, kent Nederland bescherming van schuldeisers 'ex ante'. Het Duitse recht kent bescherming 'ex post', gedurende een periode van zes maanden na inschrijving van de splitsing (§ 125 jo. § 22 Umwandlungsgesetz).⁵⁷ Het Belgische recht kent bescherming van crediteuren zowel 'ex ante' als 'ex post': gedurende een termijn van twee maanden kunnen crediteuren zekerheid eisen (artikel 684 Wetboek van Vennootschappen), terwijl het besluit tot splitsing genomen kan worden één maand na de bekendmaking van het voorstel tot splitsing en de splitsing daarna van kracht kan worden (artikel 748 jo. 733 Wetboek van Vennootschappen).

Bij een grensoverschrijdende splitsing kunnen de verschillende methoden van crediteurenbescherming voor opmerkelijke situaties zorgen, die zich niet in nationale situaties openbaren. Het ontbreken van enige harmonisatie op dit terrein is hiervan de oorzaak. Problemen kunnen optreden wanneer crediteuren van een splitsende vennootschap waarop het recht van een staat van toepassing is dat crediteurenbescherming 'ex ante' kent, later geconfronteerd worden met crediteurenbescherming volgens het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, dat crediteurenbescherming 'ex post' kent. Ook de omgekeerde situatie kan voor problemen zorgen: het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap kent bescherming 'ex post' en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap kent bescherming 'ex ante'. In het eerste geval is het min of meer onredelijk wanneer de crediteuren van de splitsende vennootschap worden geconfronteerd met na het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing verleende waarborgen aan de crediteuren van de verkrijgende vennootschap of vennootschappen, in het tweede geval is het onredelijk wanneer de crediteuren van de gesplitste vennootschap helemaal geen bescherming genieten omdat zij ten gevolge van de cumulatie van de twee systemen 'tussen de wal en het schip vallen'.⁵⁸ Van een 'passende bescherming', zoals voorgeschreven in artikel 12 Zesde richtlijn, is dan naar mijn mening in ieder geval geen sprake.

⁵⁷ Koster 2009, p. 124.

⁵⁸ Roelofs 2009, p. 279, Raaijmakers en Olthoff, 2008, p. 38.

7.4.2 De bescherming van crediteuren bij grensoverschrijdende fusie

Met de huidige stand van zowel de Europese als de nationale wetgevingen van de lidstaten zijn de hierboven beschreven problemen – in sommige gevallen een ongewenste cumulatie, in andere gevallen het geheel achterwege blijven van bescherming van crediteuren – moeilijk op te lossen. Hetzelfde probleem speelt ook bij grensoverschrijdende fusie. Dit probleem is in de literatuur zelfs beschouwd als een belemmering voor het uitvoeren van een grensoverschrijdende fusie.⁵⁹

De Tiende richtlijn biedt geen oplossing voor het bestaan van verschillen tussen ‘ex ante’ systemen enerzijds en ‘ex post’ systemen anderzijds. De Tiende Richtlijn schrijft slechts voor dat het nationale recht van toepassing is op de bescherming van crediteuren (artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn). Ook de regels van de SE-Verordening betreffende grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen waarbij een SE wordt gevormd, bieden geen oplossing voor deze kwestie. Artikel 24 SE-Verordening bepaalt slechts dat het recht van de lidstaat waaronder elke fuserende vennootschap ressorteert van toepassing is zoals in het geval van een fusie van naamloze vennootschappen, rekening houdend met het grensoverschrijdend karakter van de fusie, wat betreft de bescherming van de belangen van – onder andere, toevoeging mijnerzijds – de schuldeisers van de fuserende vennootschappen. Vanuit zowel de Tiende richtlijn als de SE-Verordening gaat een cumulatieve werking uit, zij het dat daarmee de hiervoor gesignaleerde problemen niet zijn opgelost.

Van Solinge heeft in zijn dissertatie aandacht besteed aan crediteurenbescherming bij grensoverschrijdende fusie.⁶⁰ Volgens hem biedt het formuleren van een conflictregel voor crediteurenbescherming weinig soelaas, omdat ofwel een ongewenste cumulatie ontstaat, dan wel de crediteuren in het geheel geen bescherming genieten. Een nadeel van bijvoorbeeld aanwijzing van het recht van een staat dat crediteurenbescherming ex post kent, is dat de crediteuren van de overgenomen vennootschap met een voor hen vreemde regel van crediteurenbescherming worden geconfronteerd.

Anno 1994 was uniformering van de systemen van crediteurenbescherming naar de mening van Van Solinge eveneens ver weg.⁶¹ Hij stelde vast dat volgens hem de schuldeisers van de overgenomen vennootschap een grotere behoefte hebben aan bescherming dan de schuldeisers van de overnemende vennootschap.⁶² Beitzke was dezelfde mening toegedaan.⁶³ Deze gedachte is later ook opgenomen in artikel 18 tot en met 22 van het Ontwerp verdrag betreffende internationale fusie van naamloze vennootschappen. Hoewel deze gedachte getuigt van sympathie jegens

59 Raaijmakers en Olthoff 2008, p. 38.

60 Van Solinge 1994, p. 281.

61 Van Solinge 1994, p. 282.

62 Van Solinge geeft in zijn proefschrift in 1994 geen duidelijke conflictregel wat betreft de bescherming van de belangen van crediteuren, ook Van Boxel geeft in zijn proefschrift geen duidelijke conflictregel hieromtrent.

63 Beitzke 1966, p. 30, 31, Raaijmakers en Olthoff 2008, p. 37.

de schuldeisers van de overgenomen vennootschap, worden hierbij de belangen van de schuldeisers van de overnemende vennootschap naar mijn mening te veel gebagatelliseerd. Ook de positie van de schuldeisers van de overnemende vennootschap kan immers ten gevolge van een grensoverschrijdende fusie danig verslechteren. Zij hebben ten opzichte van crediteuren van de overgenomen vennootschap alleen het voordeel dat hun debiteur niet ophoudt te bestaan.

In buitenlandse literatuur ben ik geen duidelijke conflictregel tegengekomen ten aanzien van het toe te passen recht ten aanzien van schuldeisersbescherming bij grensoverschrijdende fusie. Indien de rechtsstelsels van de betrokken staten geen specifieke regeling kennen voor schuldeisersbescherming bij grensoverschrijdende fusie, zal de enige mogelijkheid zijn zowel het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap als het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(en) cumulatief toe te passen. Bij bescherming bij de overgenomen vennootschap 'ex ante' en bescherming bij de overnemende vennootschap 'ex post', genieten alle schuldeisers van alle bij de fusie betrokken vennootschappen op enig moment bescherming. Het enige nadeel is dat de crediteuren van de overgenomen vennootschap na het van kracht worden van de fusie nog geconfronteerd kunnen worden met waarborgen die worden verleend aan crediteuren van de overnemende vennootschap. Voor het omgekeerde geval – waarbij de schuldeisers van de verdwijnende vennootschap bescherming ex post genieten en 'tussen de wal en het schip kunnen vallen', zal een specifieke en vooral praktische oplossing moeten worden gezocht. Die oplossing kan bijvoorbeeld bestaan uit een meer uitgebreide informatieverstrekking aan de bekende en onbekende crediteuren van de verdwijnende vennootschap(en) en het vrijwillig geven van waarborgen aan deze crediteuren dat de vordering zal worden voldaan, zoals die waarborgen ook gegeven zouden worden als de fusie reeds van kracht zou zijn.

In het kader van de implementatie van de Tiende richtlijn heeft de Duitse wetgever een specifieke bepaling opgenomen betreffende de bescherming van crediteuren bij een – vanuit Duits perspectief – outbound grensoverschrijdende fusie. Het Duitse recht kent in beginsel bescherming van crediteuren 'ex post' (§ 22 Umwandlungsgesetz). Bij een outbound grensoverschrijdende fusie zouden de crediteuren van de door Duits recht beheerste vennootschap 'tussen de wal en het schip' kunnen vallen. De Duitse wetgeving – met de daarin opgenomen bescherming 'ex post' – geldt immers niet voor de verkrijgende vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere staat.⁶⁴ Teneinde de ongewenste situatie waarbij crediteuren tussen de wal en het schip kunnen vallen te voorkomen heeft de Duitse wetgever voorzien in specifieke crediteurenbescherming voorafgaande aan de grensoverschrijdende fusie ('ex ante').⁶⁵ §122j Umwandlungsgesetz bepaalt voor outbound grensoverschrijdende fusie dat schuldeisers gedurende een periode van

64 Simon en Rubner 2006, p. 11.

65 Voor de outbound-grensoverschrijdende fusie waarbij een SE wordt gevormd, bevat de Duitse wetgeving eenzelfde bepaling in § 8 en § 13 SE Ausführungsgesetz.

twee maanden na de dag waarop het voorstel tot fusie bekend gemaakt is hun vordering schriftelijk kunnen aanmelden en aannemelijk kunnen maken dat de voldoening van hun vordering gevaar loopt door de grensoverschrijdende fusie. Dit recht geldt alleen voor vorderingen die vóór de bekendmaking bestonden of tot vijftien dagen na de bekendmaking van het voorstel tot fusie zijn ontstaan. Indien recht bestaat op een waarborg ter verzekering van de voldoening van de vordering, kan de ‘Verschmelzungsbescheinigung’ (bij grensoverschrijdende fusie: het attest) niet worden afgegeven. Het verzet heeft dus prohibitieve werking. Het verzet kan niet alleen worden gehonoreerd vanwege het grensoverschrijdende karakter van de fusie, maar ook indien het eigen vermogen of het liquiditeitsniveau van de verkrijgende vennootschap minder zekerheden biedt dan het eigen vermogen of het liquiditeitsniveau van de verdwijnende vennootschap dat de vordering zal worden voldaan.⁶⁶

De charme van deze Duitse regeling is dat deze alleen van toepassing is op outbound-grensoverschrijdende fusies en doordat de regeling alleen ziet op bescherming van de schuldeisers van de door Duits recht beheerste verdwijnende vennootschap voorafgaande aan de grensoverschrijdende fusie, niet conflicteert met andere systemen van crediteurenbescherming in de lidstaat waarvan het recht van toepassing is op de verkrijgende vennootschap.

Van Solinge heeft in zijn dissertatie in 1994 verdedigd dat schuldeisers van de fuserende vennootschappen idealiter gedurende een bepaalde – en voor alle vennootschappen zelfde – periode de kans krijgen hun aanspraken kenbaar te maken. Hij bepleit daarbij toepassing van een combinatie van zowel bescherming ‘ex ante’ als bescherming ‘ex post’, zoals in het Belgische recht het geval is. Problemen die voortvloeien uit verschillende systemen van crediteurenbescherming worden op die manier volgens hem voorkomen. Volgens Van Solinge kan deze bescherming het beste worden neergelegd in de – destijds – Derde richtlijn betreffende nationale fusie (thans: Richtlijn 2011/35/EU). In de Tiende richtlijn had dan kunnen worden volstaan met een eenvoudige verwijzing naar de Derde richtlijn. Van Solinge beseftte dat harmonisatie door middel van de Derde richtlijn een lastige zaak was, omdat de lidstaten daarmee afstand zouden moeten doen van hun bestaande systemen van schuldeisersbescherming. Uniformering in de Tiende richtlijn lag naar zijn mening daarom meer voor de hand. Zoals inmiddels bekend, is die uniformering er tot op heden niet gekomen. Wel heeft de Europese Commissie aan het Europese Parlement ultimo 2012 medegedeeld dat procedureregels betreffende grensoverschrijdende fusie moeten worden verduidelijkt, omdat verschillende punten aanleiding kunnen geven tot onzekerheid en complexe situaties, zoals een gebrek aan harmonisatie van de duur van de bescherming van de rechten van de

⁶⁶ Beutel 2008, p. 275.

schuldeisers en de gevolgen voor de rechten van de schuldeisers bij voltooiing van fusies.⁶⁷

7.4.3 De bescherming van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing

Bij een grensoverschrijdende splitsing geldt naar mijn mening het verzetrecht van crediteuren op basis van artikel 2:334l BW onverkort. Vanuit Nederlands perspectief zijn de crediteuren van de door Nederlands recht beheerste vennootschap betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing altijd beschermd vanwege de bescherming ‘ex ante’. Splitst een door Nederlands recht beheerste vennootschap grensoverschrijdend – outbound –, dan genieten de crediteuren van deze vennootschap bescherming voorafgaande aan de splitsing. Wordt een door het recht van een andere lidstaat beheerste vennootschap grensoverschrijdend gesplitst en verkrijgt een reeds bestaande door Nederlands recht beheerste vennootschap – een inbound grensoverschrijdende splitsing –, dan genieten de crediteuren eveneens bescherming voorafgaande aan de grensoverschrijdende splitsing. Wordt een nieuwe door Nederlands recht beheerste vennootschap in het kader van de grensoverschrijdende splitsing opgericht, dan is voor die nieuw opgerichte vennootschap uiteraard geen crediteurenbescherming noodzakelijk. In dat geval treden geen problemen op. Problemen treden wel op indien een – vanuit Nederlands perspectief – inbound grensoverschrijdende splitsing wordt uitgevoerd waarbij de splitsende vennootschap wordt beheerst door het recht van een staat dat alleen bescherming ‘ex post’ kent. In dat geval vallen de crediteuren van de splitsende vennootschap ‘tussen de wal en het schip’.

Met de huidige stand van wetgeving en cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap (met bescherming van crediteuren ‘ex ante’) en het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap (met bescherming van crediteuren ‘ex post’), is het vinden van een oplossing ten aanzien van de bescherming van crediteuren lastig. Toepassing van ‘ex post’ bescherming krachtens het recht van de staat dat van toepassing is op de splitsende vennootschap op de verkrijgende vennootschap zou een mogelijke oplossing kunnen zijn. De schuldeisers vallen dan immers niet meer ‘tussen de wal en het schip’. Opgemerkt moet echter worden dat het bieden van ‘ex post’ bescherming aan de crediteuren door de verkrijgende vennootschap – waarop bescherming ‘ex ante’ van toepassing is – zuiver *voluntair* is. Bovendien kunnen crediteuren die voorafgaande aan de splitsing al dan niet bescherming hebben genoten in een slechtere positie komen te verkeren wanneer na de splitsing ook nog eens waarborgen worden verleend aan de crediteuren van de splitsende vennootschap. Ook de

67 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzamere ondernemingen, Straatsburg, 12.12.2012, COM(2012) 740 final, p. 14.

crediteuren van de verkrijgende vennootschap zouden dan weer in de gelegenheid gesteld moeten worden opnieuw waarborgen te verzoeken indien hun positie ten gevolge van de nieuw gegeven waarborgen verslechtert.

Een andere oplossing is het uitbreiden van de ‘ex ante’ bescherming in het Nederlandse recht voor de crediteuren van de splitsende vennootschap. Dat kan wanneer artikel 2:334l lid 1 BW ruim wordt opgevat en onder ‘de partijen bij de splitsing’ ook wordt begrepen de splitsende vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere staat. Bij de toepassing van de ‘ex ante’ bescherming zullen de crediteuren in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing zo veel mogelijk moeten worden geïnformeerd over de wijze van bescherming en dan met name dat deze bescherming afwijkt van de – hun bekende – bescherming ‘ex post’.

De regeling omtrent verzet in artikel 2:334l BW staat naar mijn mening niet in de weg aan toepassing voor crediteuren van de splitsende vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere staat. Voorwaarde is wel dat de door Nederlands recht beheerste verkrijgende vennootschap reeds bestaat en niet in het kader van de grensoverschrijdende splitsing wordt opgericht. Bestaat de door Nederlands recht beheerste vennootschap nog niet voorafgaande aan de splitsing, dan zie ik geen mogelijkheid tot toepassing van artikel 2:334l BW. Problemen kunnen echter optreden wat betreft de relatief competente rechtbank die kennis kan nemen van het verzoekschrift. Artikel 995 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering schrijft voor dat bevoegd is de rechter van de woonplaats van de vennootschap. In het geval van een grensoverschrijdende splitsing van een door Duits recht beheerste Gesellschaft mit beschränkter Haftung met statutaire zetel en hoofdbestuur in Duitsland met een door Nederlands recht beheerste besloten vennootschap, zouden de crediteuren van de Duitse Gesellschaft mit beschränkter Haftung in verzet moeten gaan bij de relatief competente rechtbank in Duitsland. Los van de vraag welke rechter in Duitsland zou kwalificeren als ‘rechtbank’, is het nog maar de vraag of de Duitse rechter zich bevoegd zal achten van het verzoek kennis te nemen en genegen zal zijn het Nederlands recht en dan met name artikel 2:334l BW toe te passen. De Duitse rechter zal eerder geneigd zijn de eigen *lex fori* toe te passen en wellicht overgaan tot analoge toepassing van § 122j Umwandlungsgesetz.

Ter voorkoming van het hiervoor beschreven competentieprobleem zou artikel 2:334l lid 1 BW en artikel 995 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kunnen worden aangepast. De gedachte de crediteuren van de splitsende vennootschap in de gelegenheid te stellen in verzet te komen bij de rechtbank van de woonplaats van de verkrijgende door Nederlands recht beheerste vennootschap lijkt mij niet geheel vreemd. In artikel 2:334k BW is immers ook opgenomen dat ‘ten minste een van de partijen bij de splitsing’ – en dus niet noodzakelijkerwijs de wederpartij van de crediteur of de vennootschap die de woonplaats heeft in het arrondissement van de rechtbank waar het verzoekschrift tot verzet is ingediend – voor iedere schuldeiser van deze partijen die dit verlangt zekerheid moet stellen of hem een andere waarborg moet geven voor de voldoening van zijn vordering. Uitgaande van de omstandigheid dat de crediteur van de splitsende vennootschap – welke

vennootschap wordt beheerst door het recht van een andere staat – ontvankelijk is het verzoekschrift in te dienen, zou ook de splitsende vennootschap veroordeeld kunnen worden tot het geven van een waarborg.

7.4.4 De bescherming van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief

7.4.4.1 De Finse benadering

De Finse wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing kan niet ter inspiratie gebruikt worden voor de oplossing van de in de voorgaande subparagrafen geschetste problemen betreffende de bescherming van de belangen van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing. In de Finse wettelijke regeling voor grensoverschrijdende splitsing genieten crediteuren van de door Fins recht beheerste vennootschap bescherming ‘ex ante’.

Krachtens het Finse recht kunnen crediteuren gedurende een bepaalde termijn verzet aantekenen tegen de voorgenomen grensoverschrijdende splitsing (Section 23 paragraph 2 jo. Section 6 Osakeyhtiölaki). De inbound-grensoverschrijdende splitsing – waarbij de door Fins recht beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap – wordt van kracht door middel van inschrijving in het handelsregister. Het handelsregister schrijft de splitsing alleen in indien geen crediteur in verzet is gekomen tegen de splitsing of wanneer door middel van een rechterlijke uitspraak bevestigd is dat de vordering van de crediteur is voldaan of zekerheid heeft gekregen ter voldoening van zijn vordering (Section 24 paragraph 2 jo. section 15 paragraph 1 Osakeyhtiölaki). Het verzet werkt dus prohibitief. Bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing – waarbij een door Fins recht beheerste vennootschap wordt gesplitst – moet het handelsregister een verklaring (attest) afgeven, maar die verklaring wordt eveneens slechts afgegeven indien geen crediteur in verzet is gekomen tegen de splitsing of wanneer door middel van een rechterlijke uitspraak bevestigd is dat de vordering van de crediteur voldaan is of deze zekerheid heeft gekregen ter voldoening van zijn vordering (Section 25 paragraph 2 jo. section 15 paragraph 1 Osakeyhtiölaki). In het Finse recht wordt geen rekening gehouden met crediteurenbescherming ‘ex post’ krachtens het recht van een andere lidstaat dat van toepassing is op de splitsende vennootschap.

7.4.4.2 De Deense benadering

Ook de Deense wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing kan niet ter inspiratie gebruikt ter oplossing van de hiervoor geschetste problemen bij crediteurenbescherming. In het Deense recht vindt bescherming van crediteuren ‘ex ante’ plaats. Krachtens het Deense recht moeten één of meer deskundigen verklaren of de crediteuren van iedere vennootschap afdoende beschermd zijn na de splitsing. De

aandeelhouders mogen echter besluiten af te zien van zo een verklaring (§ 297 Danish Companies Act).

Indien de deskundige(n) van oordeel is of zijn dat de crediteuren na de splitsing niet voldoende beschermd zijn, of wanneer de aandeelhouders hebben besloten een verklaring van de deskundigen achterwege te laten, kunnen crediteuren in verzet komen tegen de splitsing tot vier weken nadat alle vennootschappen hebben besloten tot grensoverschrijdende splitsing. (§ 298 lid 1 Danish Companies Act). Als crediteuren het recht kunnen hebben verzet aan te tekenen, kan het certificaat (attest) betreffende het besluit tot splitsing alleen afgegeven worden door de – daartoe ter zake bevoegde – Commerce and Companies Agency indien de termijn van vier weken na het besluit tot grensoverschrijdende splitsing is verlopen (§ 298 lid 6 Danish Companies Act). Voorafgaande aan het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing onderzoekt de Deense Commerce and Companies Agency of alle handelingen en noodzakelijke formaliteiten zijn verricht en of de claims van de crediteuren waarover verzet is aangetekend zijn voldaan (§ 309 lid 1 sub 2 Danish Companies Act). Is dat niet het geval, dan wordt het certificaat niet afgegeven. Het verzet van crediteuren werkt dus prohibitief. In het Deense recht wordt eveneens geen rekening gehouden met crediteurenbescherming ‘ex post’ krachtens het recht van een andere lidstaat dat van toepassing is op de splitsende vennootschap.

7.4.4.3 De Duitse benadering

In de Duitse literatuur is eveneens, zij het zeer summier, stilgestaan bij de bescherming van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing. Verdedigd is dat het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en de verkrijgende vennootschap(en) gecumuleerd moeten worden wat betreft de bepalingen ten aanzien van de bescherming van crediteuren.⁶⁸ Behrens heeft daarbij als opmerking geplaatst dat als voorwaarde voor de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing de systemen van crediteurenbescherming – ex ante en/of ex post – met elkaar moeten overeenstemmen. Indien die systemen niet overeenstemmen met elkaar, is de grensoverschrijdende splitsing volgens hem ontoelaatbaar. Prüm deelt die mening echter niet.⁶⁹ Volgens hem is het voldoende het toepasselijke recht op de splitsende vennootschap en de verkrijgende vennootschappen distributief (gedifferentieerd cumulatief) toe te passen. Hij stelt echter – weliswaar zonder enige nadere motivering – dat van belang is dat het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap ook bescherming biedt aan de crediteuren van de splitsende vennootschap.

In de ‘Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrecht’ (hierna: het Voorstel) van de Spezialkommission,

⁶⁸ Behrens 1992, Rn. 102.

⁶⁹ Prüm 2006, p. 86, 87.

ingesteld door de Duitse Raad voor Internationaal Privaatrecht (deutscher Rat für internationales Privaatrecht) is eveneens, zij het ook zeer summier, aandacht besteed aan de bescherming van crediteuren.⁷⁰ Het Voorstel bevat voorstellen voor wetgeving op Europese en op nationale (Duitse) grondslag. Uit beide voorstellen is af te leiden hoe de bescherming van crediteuren geregeld zou moeten zijn volgens de Spezialkommission. Voor grensoverschrijdende splitsing worden in beide voorstellen de regels omtrent grensoverschrijdende fusie van overeenkomstige toepassing verklaard (artikel 6 jo. artikel 5 Vorschlag für eine Regelung auf europäischer Ebene en artikel 10c jo. artikel 10b Vorschlag für eine autonome deutsche Regelung im EGBGB). In beide voorstellen wordt de bescherming van de belangen van crediteuren beschouwd als een onderwerp dat wordt beheerst door het op de vennootschappen toepasselijke recht (artikel 5 Vorschlag für eine Regelung auf europäischer Ebene en artikel 10b Vorschlag für eine autonome deutsche Regelung im EGBGB). De regelingen in het Voorstel voorzien niet in enige harmonisatie van de systemen van bescherming van crediteuren, noch geeft het een regel van uniform materieel recht, noch geeft het conflictregels die daadwerkelijk de in de vorige subparagrafen geschetste problemen oplossen.

7.4.5 Conclusies en aanbevelingen

In het voorgaande is duidelijk geworden dat de crediteurenbescherming bij grensoverschrijdende splitsing, evenals crediteurenbescherming bij grensoverschrijdende fusie, geen eenvoudig te behandelen onderwerp is. De Europese wetgever heeft de crediteurenbescherming bij nationale fusie en nationale splitsing niet geharmoniseerd door middel van de Derde en de Zesde richtlijn en heeft eveneens geen enkele harmonisatie doorgevoerd of willen doorvoeren voor grensoverschrijdende fusie in de Tiende richtlijn, noch is een regel van materieel recht betreffende crediteurenbescherming voor grensoverschrijdende fusie opgesteld.

Bij de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging, zal nauwkeurig aandacht moeten worden besteed aan de bescherming van de belangen van crediteuren. Zoals uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU is gebleken, kan de bescherming van de belangen van crediteuren immers een maatregel rechtvaardigen die de vrijheid van vestiging beperkt of zelfs de uitoefening van de vrijheid van vestiging in het geheel onmogelijk maakt. Het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen zal daarom naar mijn mening *cumulatief* moeten worden toegepast. Dat houdt naar mijn mening in dat ook de crediteuren van de ene bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap ook gebruik zouden moeten kunnen maken van de beschermende bepalingen die gelden voor de op andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap en omgekeerd. Een goede

70 Sonnenberger 2007.

informatievoorziening hieromtrent in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing is hierbij essentieel.

Voor toekomstige wetgeving betreffende crediteurenbescherming bij grensoverschrijdende splitsing kan niet het systeem van crediteurenbescherming bij grensoverschrijdende fusie naar analogie worden toegepast. Dat systeem roept immers zelfs bij grensoverschrijdende fusie al de nodige vragen op.

De ideale oplossing voor oplossing van het probleem van de crediteurenbescherming bij grensoverschrijdende splitsing is harmonisatie van crediteurenbescherming bij nationale splitsing in de Zesde richtlijn. In dat kader zou ook harmonisatie van crediteurenbescherming in Richtlijn 2011/23/EU kunnen plaatsvinden. In die richtlijnen zal dan een keuze kunnen worden gemaakt voor bescherming 'ex ante', dan wel bescherming 'ex post', dan wel een combinatie van beiden. Van Solinge heeft in het verleden ook al gepleit voor harmonisatie van systemen van crediteurenbescherming voor nationale fusie als ideale basis voor probleemoplossing van crediteurenbescherming bij grensoverschrijdende fusie. Anno 1994 leek harmonisatie in de Derde richtlijn nog erg ver weg.⁷¹ Inmiddels zijn bijna twee decennia verstreken en is de noodzaak te komen tot een oplossing omtrent verschillen in crediteurenbescherming groter dan het vasthouden aan de eigen systemen van crediteurenbescherming door de lidstaten. Verschillen in systemen van crediteurenbescherming in de lidstaten roepen bij de implementatie van grensoverschrijdende fusies extra vragen en rechtsonzekerheid op. Dat komt de attractiviteit van grensoverschrijdende fusie niet ten goede. Hetzelfde geldt voor grensoverschrijdende splitsing. Een keuze voor een systeem van bescherming 'ex ante', dan wel 'ex post', dan wel een combinatie van beiden, zal zowel moeten gelden voor grensoverschrijdende fusie als voor grensoverschrijdende splitsing. Ik zie niet in waarom die bescherming niet gelijk zou kunnen zijn. De praktijk zou hiermee gediend zijn en zou de mogelijkheden tot grensoverschrijdende herstructurering attractiever maken en zou de werking van de interne markt verder optimaliseren.

Harmonisatie van crediteurenbescherming in de Zesde richtlijn heeft verreweg de voorkeur boven harmonisatie in een regeling die alleen ziet op grensoverschrijdende splitsing. Met harmonisatie in de Zesde richtlijn wordt voorkomen dat onzekerheid bestaat over de crediteurenbescherming voor het gedeelte van een grensoverschrijdende splitsing dat zich binnen de grenzen van één staat afspeelt. Dit laat zich het beste illustreren aan de hand van een voorbeeld. Stel dat in een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing gekozen wordt voor harmonisatie van crediteurenbescherming en de keuze valt op bescherming 'ex post', maar dat de Zesde richtlijn en de nationale wetgevingen verder onaangetast blijven. Bij een grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap, waarbij een door Nederlands recht en een door Duits recht beheerste vennootschap optreden als verkrijgende vennootschappen, bestaat dan ofwel (i) onzekerheid over de crediteurenbescherming ten aanzien van het gedeelte van de grensoverschrijdende

⁷¹ Van Solinge 1994, p. 282.

splitsing dat zich binnen Nederland afspeelt – en dan met name de vraag of het gedeelte dat zich binnen Nederland afspeelt niet zou moeten worden opgevat als een nationale splitsing met crediteurenbescherming ‘ex ante’ –, dan wel (ii) bij keuze voor bescherming ‘ex post’ voor de totale grensoverschrijdende splitsing, een ongelijke behandeling van het gedeelte van de grensoverschrijdende splitsing dat zich binnen Nederland afspeelt ten opzichte van nationale splitsingen.

Wanneer de stelsels omtrent crediteurenbescherming bij nationale splitsing (en fusie) geharmoniseerd zijn, zal in een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing bij crediteurenbescherming ‘ex ante’ moeten worden bepaald (i) welke rechterlijke of administratieve instantie bevoegd is te oordelen over verzoeken tot crediteurenverzet (die in de lidstaat van de splitsende vennootschap of die in de lidstaat van de verkrijgende vennootschap(en) en (ii) welke vennootschap waarborgen moet verlenen (de splitsende vennootschap, dan wel de verkrijgende vennootschap(en)).

De regeling zou ook kunnen bestaan in toepassing van bescherming ‘ex post’, inhoudende dat de crediteuren van de vennootschappen bij de splitsing na het van kracht worden van de splitsing bescherming genieten. Het voordeel van crediteurenbescherming ‘ex post’ is dat de kans groter is dat de crediteuren van de splitsing op de hoogte zijn dan bij crediteurenbescherming ‘ex ante’⁷² en dat geen regeling hoeft te worden getroffen omtrent de bevoegde rechter die kennis kan nemen van het verzet, omdat bescherming ‘ex post’ automatisch leidt tot bescherming onder het recht van de staat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en).

De oplossing voor crediteurenbescherming bij grensoverschrijdende splitsing die waarschijnlijk op het minste verzet zal stuiten bij de lidstaten, zal waarschijnlijk een stelsel van crediteurenbescherming zijn dat een combinatie is van bescherming ‘ex ante’ en bescherming ‘ex post’, zoals in België het geval is voor grensoverschrijdende fusie. Het voordeel van deze regeling is dat lidstaten niet geheel afstand hoeven te doen van hun systeem van bescherming ‘ex ante’ of ‘ex post’, maar dat het deze twee systemen verenigt.⁷³

Bij gebrek aan een regeling op unieniveau zouden vooral de lidstaten die een systeem hanteren met crediteurenbescherming ‘ex post’ op nationaal niveau voorzieningen kunnen of moeten treffen voor outbound-grensoverschrijdende splitsing. Bij die vorm van splitsing – en vanuit het perspectief van die lidstaat – houdt immers de splitsende vennootschap op te bestaan en kunnen crediteuren van die vennootschap ‘tussen de wal en het schip vallen’. De Duitse wetgever heeft bij grensoverschrijdende fusie dit probleem onder ogen gezien en ook een bescherming ‘ex ante’ ingevoerd voor outbound-grensoverschrijdende fusie. Vanuit het perspectief van lidstaten die een bescherming ‘ex ante’ kennen, zoals Nederland, zou voor

⁷² Verbrugh 2007, p. 431 en in dezelfde zin: Koster 2009, p. 375.

⁷³ Van Solinge bepleitte dit in zijn dissertatie ook al ten aanzien van grensoverschrijdende fusie, zie hierover: Van Solinge 1994, p. 283 e.v..

een optimale bescherming kunnen worden bepaald dat voor inbound-grensoverschrijdende splitsing ook bescherming ‘ex post’ plaatsvindt.

7.5 De positie van (minderheids)aandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing

7.5.1 Inleiding

De minderheidsaandeelhouders zullen een grensoverschrijdende splitsing niet kunnen belemmeren. Dat is inherent aan hun minderheidsbelang. De minderheid kan de meerderheid niet binden of ervan weerhouden een besluit tot grensoverschrijdende splitsing te nemen. Zonder enige nadere handeling of voorziening, zullen zij met het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing aandelen krijgen toegekend in de verkrijgende vennootschap. In het vervolg van deze paragraaf zal stilstaan gestaan worden bij de positie van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing. In de eerste plaats zal de vraag worden beantwoord of, vanuit Nederlands perspectief, behoefte bestaat aan bescherming van minderheidsaandeelhouders bij een grensoverschrijdende splitsing. Daarna zal vastgesteld worden hoe een eventuele uitteedregeling voor minderheidsaandeelhouders eruit zou moeten zien. Ten slotte zal aandacht worden besteed aan de benaderingen ten aanzien van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing vanuit Fins, Deens en Duits perspectief.

7.5.2 Behoeft aan bescherming van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing

De eerste vraag die bij de positie van de minderheidsaandeelhouder bij een grensoverschrijdende splitsing aan de orde komt, is of de minderheidsaandeelhouder in dat verband een bepaalde bescherming behoeft en zo ja, door welk recht die bescherming primair moet worden beheerst: door het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap of door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en).

Naar mijn mening is de bescherming van minderheidsaandeelhouders primair een aangelegenheid die wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap. Aandeelhouders van de splitsende vennootschap worden immers aandeelhouder van één of meerdere verkrijgende vennootschappen die worden beheerst door het recht van één of meer andere staten. De mogelijkheid tot bescherming zal moeten worden gezocht in het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap. De (minderheids)aandeelhouder(s) werd(en) immers ooit – op enige wijze – aandeelhouder van de splitsende vennootschap en accepteerde daarmee het bestaan – of het niet bestaan – van enige bescherming of de mogelijkheid tot een uittreding bij een (grensoverschrijdende) splitsing.

Wanneer de splitsende vennootschap wordt beheerst door Nederlands recht, komt de vraag op of vanuit Nederlands oogpunt behoefte bestaat aan een bepaalde bescherming van minderheidsaandeelhouders bij een grensoverschrijdende splitsing of niet. Bij het beantwoorden van deze vraag kan te rade worden gegaan bij de regelgeving omtrent grensoverschrijdende fusie.

In 2004, met het van kracht worden van de SE-Verordening, heeft de Nederlandse wetgever geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid ‘bepalingen op te nemen met het oog op een passende bescherming van de minderheidsaandeelhouders die tegen de fusie zijn’ (artikel 24 lid 2 SE-Verordening). De reden daarvoor was dat de Nederlandse wetgever het destijds niet voor de hand liggend vond uitsluitend voor de SE een aanvullende regeling te introduceren voor de bescherming van minderheidsaandeelhouders. De minister van Justitie was destijds van mening dat in Nederland minderheidsaandeelhouders van naamloze en besloten vennootschappen in het algemeen rekening moeten houden met het feit dat zij kunnen worden overstemd door de meerderheid.⁷⁴

De Tiende richtlijn biedt, net als de SE-Verordening, lidstaten eveneens de mogelijkheid ‘bepalingen vast te stellen met het oog op een passende bescherming van deelgerechtigden die zich als minderheid tegen de grensoverschrijdende fusie hebben verzet’ (artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn). Tijdens de parlementaire behandeling van de implementatiewetgeving van de Tiende richtlijn hanteerde de minister van Justitie een totaal andere lijn dan destijds het geval was bij de totstandkoming van de uitvoeringswetgeving van de SE-Verordening. De Commissie Vennootschapsrecht heeft de minister van Justitie destijds geadviseerd bij de afweging van de belangen van de meerderheidsaandeelhouder en de belangen van de minderheidsaandeelhouder de doorslag te geven aan de belangen van de minderheidsaandeelhouder.⁷⁵

De minister van Justitie heeft overwogen dat de minderheidsaandeelhouders bij een grensoverschrijdende fusie geconfronteerd kunnen worden met aandelen ‘in een vennootschap naar (voor hen) vreemd recht’ en dat aandeelhouders geen garantie kunnen doen gelden op een ongestoorde voortzetting van hun aandeelhouderschap in de vennootschap waarvoor zij bij de verwerving van hun aandelen kozen. Het aandeelhouderschap kan immers op verschillende wijzen gedaanteverwisselingen ondergaan, zoals statutenwijziging, fusie, splitsing of omzetting. De minister meende echter dat de minderheidsaandeelhouder bij een grensoverschrijdende fusie wel kwetsbaar is, in het bijzonder als het gaat om de waardering van zijn aandelen in de fuserende vennootschap in verhouding tot de toe te kennen aandelen in de verkrijgende vennootschap. De vergelijkende waardering van de rechten en verplichtingen van een aandeelhouder in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat dan dat van de verdwijnende vennootschap is naar zijn mening notoir lastig, zeker als het om een vennootschap gaat waarvan aandelen niet ter beurze

⁷⁴ *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 309, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 10, 13.

⁷⁵ Bijlage bij *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929 nr. 3 (Memorie van Toelichting), Advies van de Adviescommissie vennootschapsrecht over grensoverschrijdende fusie, p. 5, 6.

verhandeld worden. Dit hangt volgens de minister van Justitie tevens sterk samen met de voorschriften van het nationale recht over de voorwaarden voor besluitvorming of rechten als de geschillenregeling of het enquêterecht. Bovendien zou(den) de meerderheidsaandeelhouder(s) kunnen besluiten tot de grensoverschrijdende fusie, zelfs indien de ruilverhouding onredelijk is. Daarnaast staan bij een nationale fusie de minderheidsaandeelhouder verschillende rechtsmiddelen ten dienste, zoals het recht van enquête (artikel 2:345 BW) en het recht om een fusie – zij het op zeer beperkte gronden – te vernietigen. Het recht van enquête mist toepassing bij een outbound-grensoverschrijdende fusie en vernietiging van een grensoverschrijdende fusie is uitgesloten (artikel 17 Tiende richtlijn, artikel 2:333l BW). De minister van Justitie heeft daarom het advies van de Commissie Vennootschapsrecht gevolgd en een uittreedrecht voorgesteld voor de minderheidsaandeelhouders die zich (als minderheid) tegen de grensoverschrijdende fusie hebben verzet.

Uiteindelijk is het met de invoering van Afdeling 2.7.3A BW een regeling ingevoerd in artikel 2:333h BW betreffende een uittreedrecht voor minderheidsaandeelhouders die tegen de grensoverschrijdende fusie hebben gestemd. Met het van kracht worden van de wetgeving omtrent de Flex BV per 1 oktober 2012 is artikel 2:333h BW aangepast en ziet thans ook op een uittreedrecht voor houders van aandelen zonder stemrecht.⁷⁶ De tekst van artikel 2:333h luidt na 1 oktober 2012 luidt als volgt:

Artikel 333h

- 1. Indien de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte is, kan de aandeelhouder van een verdwijnende vennootschap die tegen het fusievoorstel heeft gestemd, alsmede iedere houder van aandelen zonder stemrecht, binnen een maand na de datum van het besluit bij de verdwijnende vennootschap een verzoek indienen tot schadeloosstelling. Artikel 330a blijft buiten toepassing.*
- 2. Het bedrag van de schadeloosstelling als bedoeld in het eerste lid, wordt vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen. De deskundigen brengen over de waardebeoordeling schriftelijk bericht uit, waarop artikel 314 lid 2 van toepassing is. Indien tussen partijen op grond van de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn, bepalingen over de vaststelling van de waarde van de aandelen of de vaststelling van de schadeloosstelling gelden, stellen de deskundigen hun bericht op met inachtneming daarvan. De benoeming van deskundigen kan achterwege blijven, indien de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn, een duidelijke maatstaf bevatten aan de hand waarvan de schadeloosstelling zonder meer kan worden vastgesteld.*

⁷⁶ Roelofs 2013-1, p. 3 – 6.

3. *De aandelen waarop het verzoek betrekking heeft, vervallen op het moment dat de fusie van kracht wordt.*
4. *Voor de toepassing van dit artikel worden met aandeelhouders gelijkgesteld de houders van certificaten van aandelen als bedoeld in artikel 118a.*

De overwegingen van de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Tiende richtlijn een regeling op te nemen inhoudende de mogelijkheid tot uitreding of schadeloosstelling van minderheidsaandeelhouders bij een grensoverschrijdende fusie, gelden evenzeer bij een grensoverschrijdende splitsing. Ook bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing mist het recht van enquête immers toepassing. Vernietiging van een grensoverschrijdende splitsing is, althans bij een cumulatieve toepassing van de regels omtrent nationale splitsing, zo lang er nog geen wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing bestaat, weliswaar niet uitgesloten, maar het meest belangrijke argument voor de wetgever een regeling omtrent schadeloosstelling van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende fusie op te nemen geldt onverkort bij grensoverschrijdende splitsing: door de grensoverschrijdende splitsing worden de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder van één of meerdere verkrijgende vennootschappen die worden beheerst door het recht van een andere staat. Bezien in dit licht, ligt het voor de hand om ook bij een grensoverschrijdende splitsing te voorzien in een soort uitreding, zowel bij de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging als in toekomstige wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing.

7.5.3 *Toepassing van het recht op schadeloosstelling bij grensoverschrijdende splitsing*

7.5.3.1 *De vormgeving van een recht op schadeloosstelling bij grensoverschrijdende splitsing*

Zoals in paragraaf 7.5.2. aangegeven, is de bescherming van minderheidsaandeelhouders een aangelegenheid die wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap. De op de vennootschappen toepasselijke rechtsstelsels moeten *gedifferentieerd cumulatief* toegepast worden. Het Nederlandse recht kent thans alleen een uittreedrecht voor houders van aandelen zonder stemrecht en aandeelhouders zonder winstrecht die tegen een nationale fusie of splitsing hebben gestemd in artikel 2:330a BW en artikel 2:334ee1 BW. Een algemeen uittreedrecht voor houders van ‘gewone aandelen’ bestaat slechts bij grensoverschrijdende fusie in de vorm van artikel 2:333h BW, maar dit uittreedrecht geldt niet voor houders van gewone aandelen bij nationale fusie en nationale en grensoverschrijdende splitsing.⁷⁷

⁷⁷ In het verleden is in de literatuur wel geopperd de minderheidsaandeelhouder te beschermen tegen een change of control in het algemeen. Zie hierover: Timmerman 2003, p. 91 en I. Zandbergen 2008, p. 74.

Naar mijn mening geldt artikel 2:334ee1 BW onverkort bij een grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste besloten vennootschap, waarbij als verkrijgende vennootschap een vennootschap optreedt die wordt beheerst door het recht van een andere staat. Dat betekent dat de houders van winstrechtloze aandelen daadwerkelijk *tegen* de voorgenomen grensoverschrijdende splitsing moeten hebben gestemd om recht te kunnen doen gelden op een schadeloosstelling. Het zich onthouden van stemmen, het uitbrengen van een blanco stem of het afwezig zijn ter vergadering kwalificeert naar mijn mening niet als ‘tegenstemmen’ in de zin van artikel 2:334ee1 lid 1 BW. Houders van stemrechtloze aandelen kunnen niet stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders en kunnen te allen tijde gebruik maken van de schadeloosstelling, ook al hebben zij in de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen niet tegen de splitsing gestemd.⁷⁸ Dit alles neemt echter niet weg dat het voorstel tot splitsing zou kunnen voorzien in de mogelijkheid dat de houders van stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen ook stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen krijgen toegekend in de verkrijgende vennootschap, één en ander voor zover dat is toegestaan en mogelijk is krachtens de *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap. Dit doet echter aan de toepasselijkheid van artikel 2:334ee1 BW in een geval van grensoverschrijdende splitsing niet af: ook in dat geval zou immers de houder van stemrechtloze en/of winstrechtloze aandelen te maken krijgen met aandelen in een vennootschap naar – vanuit zijn oogpunt – vreemd recht.

De eventuele betrokkenheid van een door Nederlands recht beheerste besloten vennootschap als verkrijgende vennootschap bij een grensoverschrijdende splitsing van een eveneens door Nederlands recht beheerste vennootschap doet naar mijn mening ook niet af aan de toepasselijkheid van het uittreedrecht van artikel 2:334ee1 BW. De argumenten die ten grondslag liggen aan de invoering van artikel 2:333ee1 BW, gelden in deze situatie onverkort.

Met de toepassing van artikel 2:334ee1 BW is weliswaar voorzien in een uittreedrecht voor houders van aandelen zonder stemrecht en/of winstrecht, maar nog geen mogelijkheid gecreëerd voor houders van ‘gewone’ aandelen uit de vennootschap te treden bij een voorgenomen grensoverschrijdende splitsing. Ik heb in het verleden verdedigd dat artikel 2:333h BW betreffende het uittreedrecht bij grensoverschrijdende fusie in beginsel naar analogie moet worden toegepast.⁷⁹

Bij analoge toepassing van artikel 2:333h lid 3 BW op grensoverschrijdende splitsing moet in het oog worden gehouden dat de aandelen waarop het verzoek tot schadeloosstelling betrekking heeft op het moment dat de fusie van kracht wordt, vervallen. Deze regel kan naar mijn mening niet zonder meer worden toegepast bij grensoverschrijdende splitsing. Verval van aandelen kan, gezien het dwingende karakter van de regels van Boek 2 BW, alleen plaatsvinden wanneer de wet daarvoor een grondslag kent, zoals in artikel 2:333h BW betreffende grensoverschrijdende

⁷⁸ Roelofs 2012-VI, p. 13, 14.

⁷⁹ Roelofs 2009, p. 279.

fusie en artikel 2:181 lid 3 BW betreffende de omzetting van een besloten vennootschap in een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij,⁸⁰ Buiten deze gevallen zie ik geen mogelijkheid dat op basis van een wil van partijen – i.e. de splitsende vennootschap en de aandeelhouders van de splitsende vennootschap – aandelen vervallen. Om die reden zal op een andere manier uitvoering moeten worden gegeven aan de invulling van het uittredrecht van houders van gewone aandelen bij een grensoverschrijdende splitsing.

Een mogelijke oplossing om tegemoet te komen aan de wens tot uittreding, is de aandelen van de minderheidsaandeelhouders die gebruik willen maken van een door de vennootschap geboden mogelijkheid tot uittreding de aandelen aan de vennootschap onder bijzondere titel te laten overdragen. Hierbij moet wel rekening gehouden worden met de omstandigheid dat een naamloze of besloten vennootschap in bepaalde gevallen eigen aandelen niet kan of niet mag verkrijgen. Een onderscheid moet gemaakt worden tussen de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap. Bij een naamloze vennootschap moet aan alle vereisten van artikel 2:98 BW voldaan worden. De aandelen moeten in de eerste plaats volgestort zijn, anders is de verkrijging nietig (artikel 2:98 lid 1 BW). Volgestorte aandelen mogen slechts verkregen worden indien het eigen vermogen, verminderd met de verkrijgingsprijs van de aandelen – in dit geval de tegenprestatie die de minderheidsaandeelhouder ontvangt – niet kleiner is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Geen eigen aandelen mogen worden verkregen indien de jaarrekening niet tijdig is vastgesteld (artikel 2:98 lid 3 BW). Bovendien moet de algemene vergadering het bestuur tot verkrijging van de aandelen anders dan om niet hebben gemachtigd (artikel 2:98 lid 4 BW). Bij de besloten vennootschap kunnen zich andere problemen voordoen. De statuten van een besloten vennootschap kunnen de verkrijging van eigen aandelen uitsluiten of beperken op grond van artikel 2:207 lid 4 BW. Ten slotte kan het bestuur van de besloten vennootschap in de problemen komen indien de besloten vennootschap na de voldoening van de prijs van de aandelen al dan niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (artikel 2:207 lid 3 BW).

Nadat de aandelen door de vennootschap zijn verkregen, kan eventueel besloten worden tot vermindering van het geplaatste kapitaal door intrekking van aandelen (artikel 2:99 lid 1 BW, artikel 2:208 lid 1 BW).

Bij een grensoverschrijdende zuivere splitsing zal de splitsende vennootschap ophouden te bestaan. Bij een grensoverschrijdende afsplitsing zal de splitsende vennootschap blijven voortbestaan en kunnen, overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving, aandelen die de splitsende vennootschap in haar

80 Hoewel artikel 2:71 lid 2 BW – betreffende de omzetting van een naamloze vennootschap in een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij – niet rept over verval van aandelen, neem ik aan dat ook bij deze omzetting de aandelen in de naamloze vennootschap vervallen indien de aandeelhouders een verzoek tot schadeloosstelling hebben ingediend.

eigen kapitaal houdt onder algemene titel overgaan op de verkrijgende vennootschap(en). Wanneer aandelen in de verkrijgende vennootschap(en) worden toegekend aan de overgebleven – dat wil zeggen: niet uitgetreden – aandeelhouders van de splitsende vennootschap, treden daar geen problemen op. Die problemen kunnen wel optreden in geval van een zogenoemde ‘hybride’ splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW, waarbij de splitsende vennootschap aandeelhouder wordt van de verkrijgende vennootschap(en). In dat geval ontstaat de situatie dat een dochtervennootschap, waarvan de splitsende vennootschap alle aandelen houdt, aandelen houdt in haar (splitsende) moedervennootschap. Hierdoor kunnen enige complicaties ontstaan, die verschillen naar gelang de splitsende vennootschap een naamloze, dan wel een besloten vennootschap is.

Wanneer de splitsende vennootschap een naamloze vennootschap is, mag een dochtervennootschap, nadat zij als dochtermaatschappij aandelen in het kapitaal van een naamloze vennootschap onder algemene titel heeft verkregen, niet langer dan gedurende drie jaren samen met de naamloze vennootschap (en haar andere dochtermaatschappijen) meer van deze aandelen voor eigen rekening houden of doen houden dan een tiende van het geplaatste kapitaal (artikel 2:98d lid 3 BW). Worden meer aandelen gehouden gedurende een langere periode van drie jaren, dan zijn de bestuurders van de naamloze vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor de vergoeding aan de dochtermaatschappij van de waarde van de aandelen die zij te veel houdt of doet houden op het einde van de laatste dag van die drie jaren, met de wettelijke rente van dat tijdstip af. Betaling van de vergoeding geschiedt in dat geval tegen overdracht van de aandelen.

Wanneer de splitsende vennootschap een besloten vennootschap is, mag de verkrijgende vennootschap, nadat zij als dochtermaatschappij aandelen in het kapitaal van de splitsende besloten vennootschap onder algemene titel heeft verkregen, samen met de vennootschap en haar andere dochtermaatschappijen alle aandelen met stemrecht in het kapitaal van de vennootschap voor eigen rekening houden of doen houden, maar in dat geval gaat het laagst genummerde aandeel met stemrecht op het tijdstip waarop zij dochtermaatschappij is geworden of op het tijdstip waarop de aandelen zijn verkregen van rechtswege over op de gezamenlijke bestuurders (artikel 2:207d lid 2 BW). Zowel artikel 2:98d lid 3 BW als artikel 2:207d lid 2 BW zijn regels van Nederlands kapitaalbeschermingsrecht, die van toepassing blijven indien de splitsende vennootschap beheerst wordt door Nederlands recht en blijft voortbestaan na het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing.

Ik besef dat de hierboven beschreven constructie, waarbij aandelen worden overgedragen aan de vennootschap zelf en eventueel daarna worden ingetrokken, nogal omslachtig is. Echter, ik zie, op basis van de huidige stand en mogelijkheden van de wetgeving, geen andere optie om de minderheidsaandeelhouder uit de vennootschap te laten treden. Een andere mogelijkheid is dat de andere aandeelhouder(s) de aandelen van de minderheidsaandeelhouder(s) overneemt. Van een echte ‘uittreding’ is dan weliswaar geen sprake meer, maar het effect van een

uittreding wordt wel bereikt, namelijk: de minderheidsaandeelhouder van de splitsende vennootschap wordt geen aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap die – vanuit zijn oogpunt – wordt beheerst door het recht van een vreemde staat.

7.5.3.2 Aandeelhouders die recht hebben op schadeloosstelling

Een andere vraag is welke aandeelhouders recht hebben op een schadeloosstelling en aan welke vereisten moet zijn voldaan voor een uittreding. Naar mijn mening kan hier volledig worden aangesloten bij de systematiek van artikel 2:334ee1 BW en artikel 2:333h BW. Wat betreft de houders van winstrechtloze aandelen betekent dit dat deze daadwerkelijk *tegen* de splitsing moeten hebben gestemd om stemmen te kunnen doen gelden op een schadeloosstelling. Het zich onthouden van stemmen, het uitbrengen van een blanco stem of het afwezig zijn ter vergadering kwalificeert naar mijn mening niet als ‘tegenstemmen’ in de zin van artikel 2:334ee1 lid 1 BW. Houders van stemrechtloze aandelen kunnen niet stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders en kunnen te allen tijde gebruik maken van de schadeloosstelling, ook al hebben zij in de vergadering van houders van stemrechtloze aandelen niet tegen de splitsing gestemd.

Wat betreft de houders van gewone aandelen kan worden aangesloten bij artikel 2:333h BW. Dat betekent dat zij alleen recht hebben op schadeloosstelling indien zij fysiek aanwezig zijn geweest bij de vergadering en ook daadwerkelijk *tegen* het besluit tot grensoverschrijdende splitsing gestemd hebben.⁸¹ Het afwezig zijn ter vergadering, het zich onthouden van stemmen of blanco stemmen kwalificeert niet als ‘tegenstemmen’ in de zin van artikel 2:333h BW en naar mijn mening zou dat ook zo moeten worden toegepast bij grensoverschrijdende splitsing. In al deze gevallen bestaat geen recht op schadeloosstelling. Naar mijn mening zou ook de houder van winstrechtloze aandelen alleen recht hebben op schadeloosstelling indien de houder van dat soort aandelen daadwerkelijk tegen de grensoverschrijdende splitsing heeft gestemd en niet als hij zich van stemming heeft onthouden, blanco heeft gestemd of ter vergadering afwezig was.⁸²

Dat de aandeelhouder heeft tegengestemd, kan blijken uit de notulen van de vergadering. Tegenstemmen kan ook bij volmacht. Het verzoek tot schadeloosstelling zou ook open moeten staan voor houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen die zijn toegelaten tot de handel

81 *Kamerstukken II*, 2006 - 2007, 30 929, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 18.

82 Roelofs 2012-VI, p. 57 In de parlementaire geschiedenis bij Wetsvoorstel 32 426 zijn wat betreft grensoverschrijdende fusie geen woorden aan deze situatie gewijd. Ik concludeer daarom zekerheids-halve dat ook de houders van winstrechtloze aandelen daadwerkelijk ter vergadering tegen de voorgenomen grensoverschrijdende splitsing moeten stemmen en zich niet van stemming moeten onthouden, blanco stemmen of ter vergadering afwezig zijn, willen zij in aanmerking komen voor een schadeloosstelling.

op een gereguleerde markt in de zin van artikel 2:118a BW, dit in overeenstemming met artikel 2:333h lid 4. Houders van deze certificaten komt het stemrecht toe en kunnen dus ook tegen de voorgenomen grensoverschrijdende splitsing stemmen. Naar mijn mening is het in dat licht bezien niet vreemd dat houders van certificaten van aandelen van hetzelfde recht op schadeloosstelling gebruik kunnen maken.

Het ligt in de rede de houders van stemrechtloze aandelen en houders van gewone aandelen die tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd een maand de tijd te geven een verzoek in te dienen tot schadeloosstelling. Het verzoek tot schadeloosstelling heeft betrekking op alle aandelen van de minderheidsaandeelhouder of houder van aandelen zonder stemrecht. Bij grensoverschrijdende fusie heeft de Nederlandse wetgever geen mogelijkheid gecreëerd tot een *partiële* uittreding. Het is ‘alles of niets’. Zou dat niet zo zijn, dan zou van een effectieve *uittreding* geen sprake zijn.

Bij een grensoverschrijdende splitsing kan het geval zich voordoen dat artikel 2:334ee1 BW cumuleert met de ‘eigen ontworpen regeling’, welke de pendant is van artikel 2:333h BW. Het geval kan zich dan voordoen dat een houder van gewone aandelen, die tevens stemrechtloze aandelen houdt, tegen de voorgenomen grensoverschrijdende splitsing stemt. In artikel 2:333h BW is een voorziening voor deze situatie getroffen, in die zin dat het artikel betreffende schadeloosstelling voor houders van aandelen zonder stemrecht en winstrecht bij nationale fusie (artikel 2:330a BW) buiten toepassing is verklaard (artikel 2:333h lid 1 BW).⁸³ Voor grensoverschrijdende splitsing bestaat die exceptie uiteraard (nog) niet. Hierbij kan de situatie zich voordoen dat één aandeelhouder – die naast gewone aandelen ook aandelen zonder stemrecht houdt – een beroep wil doen op de uittreding voor zijn aandelen zonder stemrecht, maar (i) wel voor de grensoverschrijdende splitsing stemt of (ii) tegen de grensoverschrijdende splitsing stemt maar voor zijn gewone aandelen geen gebruik maakt van zijn recht op schadeloosstelling. In dat geval is van een volledige uittreding geen sprake, omdat hij wel houder wordt van ‘gewone’ aandelen in de verkrijgende vennootschap. Hoewel deze situatie niet geheel strookt met de achterliggende gedachte van de wetgever die ten grondslag heeft gelegen aan artikel 2:333h BW, namelijk dat slechts een volledige uittreding mogelijk is, zou het voorschrijven van een volledige uittreding niet overeenstemmen met de ratio van artikel 2:334ee1 BW. Immers, het uittreedrecht voor houders van stemrechtloze aandelen geldt in de eerste plaats omdat de verkrijgende vennootschap dat soort aandelen niet kent, terwijl de gedachte achter de uittreding op basis van artikel 2:333h BW voor gewone aandelen is dat de aandeelhouder niet tegen zijn wil gedwongen kan worden aandeelhouder te worden van een vennootschap naar – vanuit zijn oogpunt – vreemd recht.

Ook wat betreft de wijze waarop het verzoek tot schadeloosstelling gedaan wordt, kan wat mij betreft worden aangesloten bij artikel 2:333h BW. Aan de vennootschap

⁸³ Zie tevens: Van Veen, ‘*GS Rechtspersonen*’, art. 2:333h BW, aant. 2.3.

kan binnen één maand nadat de vennootschap heeft medegedeeld dat een verzoek tot schadeloosstelling kan worden ingediend schriftelijk medegedeeld worden dat een beroep wordt gedaan op de schadeloosstelling. Als de mededeling dat schadeloosstelling kan worden gevraagd tegelijk met de oproeping tot de algemene vergadering waarin over de splitsing zal worden besloten wordt gedaan, zal binnen een maand na de publicatie van de neerlegging van het voorstel tot splitsing besloten kunnen worden tot splitsing en een verzoek ingediend kunnen worden tot schadeloosstelling.

7.5.3.3 De hoogte van de schadeloosstelling

Ook wat betreft de vaststelling van de hoogte van de schadeloosstelling voor houders van gewone aandelen zou naar mijn mening kunnen worden aangesloten bij artikel 2:333h BW. Krachtens artikel 2:333h lid 2 BW wordt het bedrag van de schadeloosstelling vastgesteld door één of meer onafhankelijke deskundigen (accountants in de zin van artikel 2:392 BW). De deskundigen brengen over de waardebeoordeling schriftelijk bericht uit, dat moet worden neergelegd ten kantore van de vennootschap of elektronisch toegankelijk moet zijn ten behoeve van de vergadergerechtigden. Dat zou naar mijn mening ook moeten gebeuren bij een grensoverschrijdende splitsing en wel op basis van artikel 2:334h lid 2 BW jo. artikel 2:334dd BW. Om de procedure tot grensoverschrijdende splitsing zo vlot mogelijk te laten verlopen, zou het bedrag van de schadeloosstelling al ten tijde van de deponering van het voorstel tot splitsing bekend moeten zijn, zodat ook dat gelijktijdig met het voorstel tot splitsing kan worden gedeponerd.

Bij grensoverschrijdende fusie lijdt het beginsel dat de schadeloosstelling wordt vastgesteld door een of meer deskundigen,⁸⁴ uitzondering in twee gevallen, namelijk (i) indien tussen partijen op grond van hetzij de statuten, hetzij op grond van een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn, bepalingen over de vaststelling van de waarde van de aandelen of de vaststelling van de schadeloosstelling gelden – in die gevallen stellen de deskundigen hun bericht op met inachtneming daarvan – of (ii) als de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn, een

84 Opmerkelijk is dat het oude artikel 2:333h lid 2 BW ruimte bood voor overleg tussen de tegenstemmende minderheidsaandeelhouder en de fusierende vennootschap over de hoogte van de schadeloosstelling na de algemene vergadering. Deze mogelijkheid bestaat na 1 oktober 2012 nog steeds, zij het dat nu sprake moet zijn van een overeenkomst (of een bepaling in de statuten) met bepalingen over de vaststelling van de waarde van de aandelen of de vaststelling van de schadeloosstelling voorafgaande aan de neerlegging van de stukken als bedoeld in artikel 2:314 lid 2 BW. Ten laatste op dat moment zal immers, indien de betrokkenheid van (een) deskundige(n) toch noodzakelijk is omdat een overeenkomst of een regeling in de statuten omtrent de vaststelling van de hoogte van de schadeloosstelling ontbreekt, het schriftelijk bericht van de deskundige(n) met de waardebeoordeling moeten worden neergelegd ten kantore van de vennootschap of elektronisch toegankelijk moeten worden gemaakt. De voorzitter van de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam is sinds 1 oktober 2012 niet meer bevoegd tot benoeming van onafhankelijke deskundigen.

duidelijke maatstaf bevatten aan de hand waarvan de schadeloosstelling zonder meer kan worden vastgesteld – in dat geval blijft benoeming van deskundigen geheel achterwege.

De in een overeenkomst neergelegde maatstaf geldt niet voor de houders van gewone aandelen, aandelen zonder stemrecht of aandelen zonder winstrecht die geen partij zijn bij de overeenkomst. Een bepaling in de statuten over de maatstaf tot schadeloosstelling geldt niet voor de houders van aandelen die niet hebben ingestemd met de in de statuten neergelegde maatstaf, die bijvoorbeeld in het kader van een statutenwijziging is opgenomen in de statuten. Indien die statutenwijziging afbreuk doet – of heeft gedaan – aan de positie van een aandeelhouder, geldt die regeling voor die houders niet, indien de aandeelhouder daar niet mee heeft ingestemd.⁸⁵ Ditzelfde geldt naar mijn mening voor de hoogte van de schadeloosstelling bij grensoverschrijdende splitsing. Bij grensoverschrijdende splitsing zou die ook kunnen worden vastgesteld door deskundigen, maar het komt mij ook niet vreemd voor dat de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn voorzien in bepalingen over de vaststelling van de waarde van de aandelen of een duidelijke maatstaf bevatten aan de hand waarvan de schadeloosstelling zonder meer kan worden vastgesteld.

7.5.4 *De positie van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief*

7.5.4.1 De Finse benadering

In het Finse recht is een algemeen recht op inkoop van aandelen bij nationale splitsing opgenomen indien een aandeelhouder tegen de voorgenomen splitsing stemt. (Section 13 Osakeyhtiölaki). De Finse wetgever kon dat doen omdat de Zesde richtlijn daar de mogelijkheid toe biedt. Dit recht op inkoop geldt alleen voor een splitsing waarbij één of meerdere bestaande verkrijgende vennootschap of vennootschappen optreedt of optreden. Het recht op inkoop geldt ook voor houders van opties en andere rechten die recht geven op de verwerving van aandelen (Section 13 paragraph 2 Osakeyhtiölaki). Het uitgangspunt is dat de prijs die ontvangen wordt voor de in te kopen aandelen wordt voldaan door de verkrijgende vennootschap en dat de prijs in overleg met de verkrijgende vennootschap wordt bepaald. Is dat niet het geval, dan moet de prijs worden vastgesteld door middel van arbitrage (Section 13 paragraph 3 Osakeyhtiölaki). In beginsel is de prijs die ontvangen wordt voor de in te kopen aandelen de marktwaarde van de aandelen ten tijde van het besluit tot splitsing. Het waardedrukkende effect dat de splitsing kan hebben op de aandelen wordt niet meegewogen bij de bepaling van de prijs voor de in te kopen aandelen (Section 13 paragraph 4 Osakeyhtiölaki).

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 426, nr. 24 (Verslag van een wetgevingsoverleg), p. 14.

Het recht op inkoop van aandelen in geval van nationale splitsing geldt onverkort bij een grensoverschrijdende splitsing waarbij de splitsende, door Fins recht beheerste vennootschap ophoudt te bestaan (Section 23 paragraph 4 *Osakeyhtiölaki*). Daarmee bestaat krachtens Fins recht, in combinatie met de hiervoor beschreven Section 13 paragraph 1 *Osakeyhtiölaki*, alleen bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing van een door Fins recht beheerste vennootschap een recht op uittreding. Een voorwaarde voor inschrijving van de grensoverschrijdende splitsing is dat de bij de splitsing betrokken vennootschappen, die worden beheerst door het recht van een andere staat, het recht op inkoop van de aandelen accepteren (Section 24 paragraph 2 *Osakeyhtiölaki*). Bij de afgifte van het attest voor de door Fins recht beheerste splitsende vennootschap (zie tevens paragraaf 7.7.4.1.) moet het handelsregister vermelden als procedures omtrent inkoop van aandelen aanhangig zijn (Section 25 par paragraph 4 *Osakeyhtiölaki*).

7.5.4.2 De Deense benadering

Het Deense recht kent een dubbele bescherming van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing. Op basis van § 305 Danish Companies Act kunnen aandeelhouders van de splitsende (door Deens recht beheerste) vennootschap schadevergoeding eisen indien de ruilverhouding van aandelen (en een eventuele bijbetaling) onredelijk is. De aandeelhouders moeten hiertoe een voorbehoud maken tijdens de vergadering waarin over de grensoverschrijdende splitsing wordt besloten (§ 305 lid 1 Danish Companies Act). Binnen twee weken nadat alle reeds bestaande vennootschappen betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing hebben besloten tot grensoverschrijdende splitsing, moet de procedure tot schadevergoeding gestart worden (§ 305 lid 2 Danish Companies Act). Indien een voorbehoud in de zin van § 305 lid 1 Danish Companies Act door de aandeelhouders is gemaakt, mag de grensoverschrijdende splitsing slechts ingeschreven worden na verloop van de periode van twee weken na het besluit tot grensoverschrijdende splitsing, tenzij deskundigen oordelen dat de toekenning van de aandelen eerlijk en redelijk is (§ 305 lid 3 Danish Companies Act).

Het Deense recht kent ook een specifiek recht op inkoop van aandelen van minderheidsaandeelhouders van de door Deens recht beheerste, grensoverschrijdend splitsende vennootschap in § 306 Danish Companies Act. De minderheidsaandeelhouders die tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd ten tijde van de algemene vergadering waarin over de grensoverschrijdende splitsing besloten werd, mogen verzoeken tot inkoop van hun aandelen door de vennootschap. Dit verzoek moet schriftelijk worden ingediend binnen vier weken na de datum van de algemene vergadering. Hierbij is § 110 Danish Companies Act van overeenkomstige toepassing verklaard. § 110 Danish Companies Act bevat een algemeen recht op inkoop van aandelen bij statutenwijziging. In § 110 lid 2 Danish Companies Act is bepaald dat een aandeelhouder voorafgaande aan de stemming ter algemene vergadering kan worden verzocht kenbaar te maken of hij gebruik wil maken van zijn recht op

inkoop van aandelen of niet. Indien de vennootschap dat heeft verzocht, moet de aandeelhouder dat verzoek indienen tijdens de algemene vergadering. Bij de inkoop moet de vennootschap de aandelen inkopen tegen een overeengekomen prijs die gelijk is aan de waarde van de aandelen. Wordt geen prijs overeengekomen, dan wordt de prijs bepaald door deskundigen, benoemd door de rechter. Het verzoek tot inkoop van de aandelen heeft tot gevolg dat het attest voor de door Deens recht beheerste vennootschap slechts kan worden afgegeven wanneer gepaste zekerheid is gegeven voor de waarde van de aandelen. Of de gegeven zekerheid gepast is, wordt bepaald door door de rechter aangewezen deskundigen.

7.5.4.3 De Duitse benadering

Zoals reeds vaker geschreven, bevat het Duitse recht geen regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing. Ter gelegenheid van de implementatie van de Tiende richtlijn in het Duitse recht heeft de Duitse wetgever een specifiek uittreedrecht opgenomen voor minderheidsaandeelhouders in § 122h Umwandlungsgesetz. Die paragraaf verwijst naar § 14 en § 15 Umwandlungsgesetz. In § 14 Umwandlungsgesetz is – onder andere – opgenomen dat bezwaren tegen het besluit tot nationale fusie niet gebaseerd kunnen worden op een te laag vastgestelde ruilverhouding. In § 15 Umwandlungsgesetz is opgenomen dat, indien de ruilverhouding (bij nationale fusie) te laag is vastgesteld, de aandeelhouder van de verdwijnende vennootschap een vergoeding in contanten kan verlangen. Zoals beschreven, worden § 14 en § 15 Umwandlungsgesetz in § 122h Umwandlungsgesetz van overeenkomstige toepassing verklaard bij grensoverschrijdende fusie, zij het dat die bepalingen alleen gelden in het geval (i) het recht van een andere staat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap ook voorziet in een mogelijkheid tot compensatie indien de ruilverhouding te laag is vastgesteld dan wel (ii) het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat, niet voorziet in een mogelijkheid tot compensatie, maar de aandeelhouders van de bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschappen uitdrukkelijk met het bestaan van de compensatie hebben ingestemd (§122h lid 1 Umwandlungsgesetz). § 15 Umwandlungsgesetz geldt evenzeer voor de minderheidsaandeelhouders van de bij de grensoverschrijdende fusie verdwijnende vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat van de EU of EER, wanneer het recht van die staat een procedure kent voor de controle en verbetering van de ruilverhouding (§122h lid 2 Umwandlungsgesetz). Daarnaast geldt een algemeen uittreedrecht voor – vanuit Duits perspectief – outbound grensoverschrijdende fusie voor de houders van aandelen die tegen het besluit tot grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd. De vennootschap moet de aandelen op verzoek overnemen (§122i lid 1 Umwandlungsgesetz).

Uit de Duitse wetgeving omtrent grensoverschrijdende fusie en de daarin opgenomen bescherming van minderheidsaandeelhouders kan worden afgeleid dat

de Duitse wetgever, net als de Nederlandse wetgever, een bescherming van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende fusie noodzakelijk achtte.

In de Duitse literatuur betreffende grensoverschrijdende splitsing is tevens aandacht besteed aan de bescherming van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing. Prüm constateert dat de bescherming van minderheidsaandeelhouders een kwestie is van het nationale recht dat van toepassing is op een vennootschap.⁸⁶ Prüm vergelijkt de grensoverschrijdende splitsing ook met de nationale splitsing waarbij verschillende rechtsvormen zijn betrokken (de zogenoemde '*Spaltung mit Rechtsformwechsel*'). Een voorbeeld van deze splitsing is de splitsing van een kapitaalvennootschap, zoals een Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), waarbij als verkrijgende entiteit een Verein optreedt. Volgens hem kan de positie van een aandeelhouder van een GmbH bij zo een nationale splitsing verdergaand worden aangetast dan bij een grensoverschrijdende splitsing van een GmbH waarbij een door Frans recht beheerste kapitaalvennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap.

Voor de Spaltung mit Rechtsformwechsel heeft de Duitse wetgever een recht op schadeloosstelling opgenomen in § 125 jo. § 29 lid 1 Umwandlungsgesetz. In dit licht bezien is Prüm een voorstander van het opnemen van een uittreedrecht voor minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing, als zij zich tegen de grensoverschrijdende splitsing gekant hebben. Het uittreedrecht voor minderheidsaandeelhouders bij Spaltung mit Rechtsformwechsel kan volgens hem echter niet zonder meer worden toegepast bij een grensoverschrijdende splitsing, omdat het Umwandlungsgesetz slechts ziet op door Duits recht beheerste rechtsvormen – welke zijn opgesomd in § 3 Umwandlungsgesetz – en rechtsvormen die worden beheerd door het recht van een andere staat niet zonder meer hieronder kunnen worden begrepen. § 29 Umwandlungsgesetz kan daarom volgens hem slechts *mutatis mutandis* gebruikt worden bij grensoverschrijdende splitsing, al ziet hij geen problemen § 29 Umwandlungsgesetz toe te passen bij grensoverschrijdende splitsing indien de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen de *evenknieën* zijn van de door Duits recht beheerste splitsende vennootschap. Prüm erkent dat bij de hiervoor beschreven 'legistische uitleg' van § 29 Umwandlungsgesetz (namelijk: dat § 3 Umwandlungsgesetz alleen zou zien op door Duits recht beheerste rechtsvormen) voorbij gegaan wordt aan het basisprincipe van § 29 Umwandlungsgesetz, namelijk: de bescherming van minderheidsaandeelhouders. Volgens Prüm moet de schadeloosstelling van minderheidsaandeelhouders, die de tegenprestatie vormt voor de overgenomen aandelen aan de vennootschap, ten laste komen van de splitsende vennootschap en niet ten laste van de verkrijgende vennootschap(en).⁸⁷

Volgens Prüm hoeft het uittreedrecht niet te gelden voor de Ausgliederung (de splitsing waarbij door de verkrijgende vennootschap aandelen worden toegekend

86 Prüm 2006, p. 175.

87 Prüm 2006, p. 179.

aan de splitsende vennootschap in plaats van aan de aandeelhouder van de splitsende vennootschap). Immers, zo redeneert hij, bij een Ausgliederung worden de aandeelhouders van de splitsende vennootschap geen aandeelhouder van een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere staat.⁸⁸

Ook in het Voorstel van de Spezialkommission für Internationales Gesellschaftsrecht is aandacht besteed aan de positie van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing. In het Voorstel is in artikel 6 Vorschlag für eine Regelung auf Europäische Ebene bepaald dat op de grensoverschrijdende splitsing de regels betreffende grensoverschrijdende fusie overeenkomstige toepassing vinden. Daarin is bepaald dat het toepasselijke recht op een vennootschap in het bijzonder bepaalt ‘den Schutz der Minderheitsgesellschafter, welche die Verschmelzung (in dit geval: Spaltung) abgelehnt haben’. In art. 10a Vorschlag für eine autonome deutsche Regelung im EGBGB is bepaald dat het op de vennootschap toepasselijke recht in het bijzonder maatgevend is voor de ‘Umwandlung’ van vennootschappen. In art. 10c Vorschlag für eine autonome deutsche Regelung im EGBGB wordt voor de toe te passen regels verwezen naar art. 10b Vorschlag für eine autonome deutsche Regelung im EGBGB betreffende de toe te passen regels bij grensoverschrijdende fusie. De ‘Schutz der Minderheitsgesellschafter, welche die Verschmelzung (in dit geval: Spaltung) abgelehnt haben’ wordt krachtens dit artikel beheerst door het op de betreffende vennootschap toepasselijke recht.

7.5.5 Eigen benadering en aanbevelingen

De bescherming van minderheidsaandeelhouders is een kwestie die nagenoeg geheel wordt beheerst door het op een vennootschap toepasselijke recht. Dat blijkt onder andere uit: (i) de redactie van de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie en met name artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn, (ii) het feit dat de Nederlandse wetgever een recht op schadeloosstelling heeft opgenomen voor minderheidsaandeelhouders die tegen een outbound-grensoverschrijdende fusie hebben gestemd, (iii) de redactie van de Finse en Deense wetgeving betreffende een recht op schadeloosstelling bij grensoverschrijdende splitsing en (iv) de Duitse doctrine ten aanzien van de grensoverschrijdende splitsing en het Voorstel van de Spezialkommission für Internationales Gesellschaftsrecht. De regels betreffende bescherming van minderheidsaandeelhouders worden *gedifferentieerd cumulatief* toegepast.

Aangezien bescherming van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing een aangelegenheid is die wordt beheerst door de *lex societatis* van een vennootschap, heeft iedere lidstaat de vrijheid zelf regels op te nemen betreffende bescherming van minderheidsaandeelhouders die tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd. Vanuit Nederlands oogpunt heb ik beschreven dat de wet een recht op schadeloosstelling kent voor houders van aandelen zonder stemrecht en

⁸⁸ Prüm 2006, p. 176.

aandelen zonder winstrecht bij nationale splitsing in artikel 2:334ee1 BW. Dat recht op schadeloosstelling geldt onverkort bij een grensoverschrijdende splitsing van een besloten vennootschap met dat soort of die soorten aandelen.

Vanuit Nederlands perspectief heb ik beargumenteerd dat een recht op schadeloosstelling van houders van gewone aandelen, die een minderheid vormen en tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd, wenselijk is, gezien het feit dat de Nederlandse wetgever ook bij grensoverschrijdende fusie heeft voorzien in zo een recht. Bij grensoverschrijdende fusie was het argument van de Nederlandse wetgever een uittreedrecht op te nemen voor minderheidsaandeelhouders dat deze minderheidsaandeelhouders, zonder zo een uittreedrecht, aandeelhouder zouden worden van een vennootschap naar – vanuit hun oogpunt – vreemd recht. In dat licht bezien, zou bij grensoverschrijdende splitsing naar mijn mening ook een uittreedrecht moeten worden gecreëerd voor die gevallen waarin een aandeelhouder van de splitsende vennootschap aandeelhouder wordt van een vennootschap naar – vanuit zijn oogpunt – vreemd recht. Dat is het geval bij alle vormen van outbound-grensoverschrijdende splitsing, uitgezonderd (i) de hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW waarbij de verkrijgende vennootschap aandelen toekent aan de splitsende vennootschap in plaats van aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap en (ii) de grensoverschrijdende driehoekssplitsing waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap splitst, een door het recht van een andere lidstaat beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap en aandelen worden toegekend door de groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap, welke groepsmaatschappij wordt beheerst door Nederlands recht.

Een extra argument voor een uittreedrecht bij grensoverschrijdende splitsing is dat het naar mijn mening niet zo kan en mag zijn dat bij grensoverschrijdende splitsing geen recht op schadeloosstelling bestaat en bij grensoverschrijdende fusie wel. Zou dat wel het geval zijn, dan zou dat een ongelijke behandeling inhouden van grensoverschrijdende splitsing ten opzichte van grensoverschrijdende fusie en op die manier zou de grensoverschrijdende splitsing kunnen worden gebruikt om de schadeloosstellingsregeling bij grensoverschrijdende fusie te omzeilen.

Bij de uitvoering van een outbound-grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging kan artikel 2:334ee1 BW toegepast worden voor aandelen zonder stemrecht en aandelen zonder winstrecht. Om gestalte te geven aan de wens van de aanwezigheid van een uittreedrecht voor houders van gewone aandelen, zal, bij gebrek aan enige wettelijke regeling, een eigen, creatieve oplossing moeten worden gezocht, die bestaat in de overdracht van de aandelen aan de andere aandeelhouders (de meerderheidsaandeelhouder en/of de niet-tegenstemmende minderheidsaandeelhouder(s)) of de vennootschap zelf, waarbij rekening moet worden gehouden met de bestaande inkoopbeperkingen.

Gezien de voorgaande problemen ten aanzien van de uittreding van minderheidsaandeelhouders die zich tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben verzet, geniet een wettelijke regeling hieromtrent verreweg de voorkeur. Een wettelijke regeling omtrent de mogelijkheid voor lidstaten een uittreedrecht voor

minderheidsaandeelhouders op te nemen is noodzakelijk. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn, zodat de bescherming van minderheidsaandeelhouders een taak blijft van de lidstaten. Wel zou de toekomstige wetgeving op unieniveau kunnen bepalen dat in het recht van lidstaten dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) de gevolgen van een uittreedrecht krachtens het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap gerespecteerd moeten worden.

Bij de implementatie van een regeling op unieniveau omtrent grensoverschrijdende splitsing, zal de Nederlandse wetgever een uittreedrecht moeten opnemen voor outbound-grensoverschrijdende splitsing, uitgezonderd de hybride splitsing en de driehoekssplitsing waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap splitst, een door het recht van een andere lidstaat beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap en aandelen worden toegekend door de groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap, welke groepsmaatschappij wordt beheerst door Nederlands recht. In deze twee uitzonderingsgevallen krijgen de aandeelhouders van de splitsende door Nederlands recht beheerste vennootschap immers geen aandelen toegekend in een vennootschap naar (voor hen) vreemd recht. In lijn met artikel 2:333h lid 3 BW, zou de wetgeving moeten bepalen dat de aandelen waarop het verzoek betrekking heeft, vervallen op het moment waarop de grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt.

7.6 De positie van werknemers bij grensoverschrijdende splitsing

7.6.1 Inleiding

Uit de verschillende arresten van het Hof van Justitie van de EG/EU volgt dat dwingende redenen van algemeen belang, waaronder de bescherming van belangen van werknemers, maatregelen kunnen rechtvaardigen die de vrijheid van vestiging beperken.⁸⁹ Ook bij een grensoverschrijdende splitsing verdient het vanuit dat oogpunt de voorkeur de belangen van de werknemers zoveel mogelijk te beschermen, zoals ook bij de grensoverschrijdende fusie het geval is, om te voorkomen dat een maatregel gerechtvaardigd is die de vrijheid van vestiging kan beperken.

Met betrekking tot de positie van werknemers bij grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende splitsing zijn twee soorten medezeggenschap te onderscheiden: enerzijds de *arbeidsrechtelijke medezeggenschap* – ook wel ‘ondernemingsgebonden

89 HvJ EG 13 december 2005, *Sevic Systems AG*, Zaak C-411/03, Jur. 2005 p. I-10805, NJ 2009, 201, JOR 2006/33, m.nt. G.-J. Vossestein, r.o. 28, HvJ EG 16 december 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, Zaak C-210/06, Jur. 2008, p. I-09641, JOR 2009/35, m.nt. G.-J. Vossestein, NJ 2009, 202, m.nt. P. Vlas en HvJ EU 12 juli 2012, *Vale Építési kft.*, verzoek om een prejudiciële beslissing: *Legfelsőbb Bíróság - Hongarije*, Zaak C-378/10, Jur. 2012, p. 00000, RO 2012/60 en Roelofs 2012-V, p. 792 – 798.

medezeggenschap' genoemd –⁹⁰, krachtens welke werknemers recht hebben op informatie en overleg binnen de onderneming en anderzijds de *vennootschapsrechtelijke medezeggenschap* krachtens welke de werknemers recht hebben invloed uit te oefenen op de gang van zaken binnen de onderneming door een aantal of alle leden van het toezichthoudend orgaan – bij een vennootschap met een two-tier board – of bestuursorgaan – bij een vennootschap met een one-tier board, ten aanzien van de leden van het bestuur die niet belast zijn met de uitvoering van bestuurstaken – te benoemen of ten aanzien van die leden – al dan niet bindende – aanbevelingen te doen of bezwaar te maken.

In de navolgende subparagrafen zal ik stil staan bij de bescherming van de positie van werknemers bij een grensoverschrijdende splitsing. Hiertoe zal eerst de positie van werknemers bij een grensoverschrijdende fusie behandeld worden, gevolgd door de positie van werknemers bij een grensoverschrijdende splitsing. In dat kader zal geschetst worden in welke gevallen behoefte bestaat aan bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap en welke waarborgen daartoe kunnen worden getroffen. Tevens zal aandacht besteed worden aan de bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in rechtsvergelijkend perspectief.

7.6.2 De positie van werknemers bij grensoverschrijdende fusie

Bij de wetgeving omtrent grensoverschrijdende fusie is verandering van de arbeidsrechtelijke medezeggenschap ten gevolge van de grensoverschrijdende fusie buiten beschouwing gebleven. De arbeidsrechtelijke medezeggenschap wordt beheerst door het recht van de staat waar de onderneming wordt gedreven. In het kader van een outbound-grensoverschrijdende fusie kan de onderneming van de verdwijnende vennootschap worden verplaatst, maar deze kan ook achterblijven in de outbound-lidstaat in de vorm van bijvoorbeeld een filiaal.

Op een Nederlandse onderneming zijn de regels van de Wet op de ondernemingsraden (hierna: 'WOR') van toepassing, ongeacht in welke rechtsvorm de onderneming wordt gedreven en door welk recht de rechtsvorm wordt beheerst. De werknemers van de in Nederland gedreven onderneming hebben rechten tot overleg (artikel 23 WOR), adviesrechten (artikel 25 WOR) en informatierechten (artikel 31 WOR).⁹¹ Die rechten ondergaan geen verandering ten gevolge van de grensoverschrijdende fusie zo lang de onderneming in Nederland gedreven wordt. De reikwijdte van de Wet op de ondernemingsraden is beperkt tot het Nederlandse territorium.⁹² Eenzelfde territoriale beperking geldt ten aanzien van de Wet op de Europese ondernemingsraden wat betreft de lidstaten waarin een *communautaire onderneming* of *communautaire groep* actief is.

90 Van Solinge 1994, p. 303.

91 Zie tevens: Van Veen, 'GS Rechtspersonen', art. 2:333k, aant. 1.2.

92 *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33 367, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 7.

De verandering van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in het kader van een grensoverschrijdende fusie heeft tot veel discussie geleid bij de totstandkoming van wetgeving omtrent de SE-Verordening, de SE-Richtlijn⁹³ en de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie en is ook één van de redenen geweest waarom de SE-Verordening en de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie pas na een lang wetgevingsproces tot stand zijn gekomen.⁹⁴ Ten gevolge van een grensoverschrijdende fusie kan ‘vennootschapsrechtelijke medezeggenschap’ weglekken wanneer een vennootschap met vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in het kader van een grensoverschrijdende fusie ophoudt te bestaan en de verkrijgende vennootschap geen vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent, omdat (i) het op die verkrijgende vennootschap toepasselijke recht in het geheel geen vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent, dan wel (ii) de verkrijgende vennootschap niet voldoet aan alle eisen gesteld door dat toepasselijke recht om te vallen onder de regels van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap of (iii) vennootschapsrechtelijke medezeggenschap op een ‘lager niveau’ plaatsvindt in de verkrijgende vennootschap dan in de verdwijnende vennootschap. Lidstaten met een strenge vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, zoals bijvoorbeeld Duitsland, wilden verhinderen dat de rechten van werknemers aan belang zouden inboeten ten gevolge van een grensoverschrijdende fusie.

Het lange overleg betreffende de regels tot behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap heeft geresulteerd in een ingewikkelde regeling in de SE-Richtlijn⁹⁵ (voor de grensoverschrijdende fusie waarbij een SE wordt gevormd) en artikel 16 Tiende richtlijn⁹⁶ (voor de grensoverschrijdende fusie van nationale rechtsvormen).

Uitgangspunt bij grensoverschrijdende fusie op basis van de Tiende richtlijn is steeds dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap wordt beheerst door het op de verkrijgende vennootschap toepasselijke recht.⁹⁷ Dat beginsel is neergelegd in artikel 16 lid 1 Tiende richtlijn. De vennootschapsrechtelijke medezeggenschap zoals die is opgenomen in de wetgeving van de verkrijgende vennootschap is echter niet van toepassing in de volgende gevallen:

- (i) ten minste één van de fuserende vennootschappen heeft in de zes maanden voorafgaand aan de bekendmaking van het voorstel tot grensoverschrijdende fusie meer dan vijfhonderd werknemers en werkt met een stelsel van vennootschapsrechtelijke werknemersmedezeggenschap, of

93 Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, PB L 294 van 10.11.2001, p. 22 – 32.

94 Zie hierover onder meer: De Kluiver 2004, p. 3 e.v. en Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 205 e.v..

95 Laagland 2013, p. 41 e.v.

96 Laagland 2013, p. 64 e.v.

97 Zie hierover en over het hierna volgende uitgebreid: Van Veen, ‘GS Rechtspersonen’, art. 2:333k BW, aant. 1 tot en met 10 en Laagland 2013, p. 88, 89.

- (ii) de nationale wetgeving van toepassing op de verkrijgende vennootschap
 - (a) voorziet niet in ten minste hetzelfde niveau van werknemersmedezeggenschap dat van toepassing is in de betrokken fuserende vennootschappen, gemeten naar het werknemersaantal in het toezichthoudend of het bestuursorgaan, in de commissies van die organen of in het leidinggevende orgaan dat verantwoordelijk is voor de winstbepalende entiteiten van de vennootschap, of
 - (b) schrijft niet voor dat werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten hebben als de werknemers in de lidstaat waar de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft.

Indien één van de bovengenoemde uitzonderingen van toepassing is, dan geldt de *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap niet en zal over de vormgeving van de medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap onderhandeld moeten worden. Daartoe zal een Bijzondere Onderhandelingsgroep (hierna: 'BOG') moeten worden ingesteld door de fuserende vennootschappen, die representatief is voor de werknemers van de fuserende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en vestigingen. In Nederland hebben deze regels hun beslag gekregen in artikel 2:333k lid 2 sub b) BW jo. artikel 1:8 lid 1 Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (hierna: 'WRW').

De BOG moet zo spoedig mogelijk na openbaarmaking van het voorstel tot fusie worden ingesteld (artikel 1:8 lid 3 WRW). De BOG zal met de besturen van de fuserende vennootschappen moeten gaan onderhandelen over de vormgeving van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap. Deze onderhandelingen kunnen zes maanden duren, eventueel te verlengen tot één jaar (artikel 5 lid 1, 2 Richtlijn 2001/86/EG, artikel 1:17 lid 1, 2 WRW). Indien de verkrijgende vennootschap wordt beheerst door Nederlands recht, zal het resultaat van de onderhandelingen moeten worden neergelegd in de statuten van de verkrijgende vennootschap. De neerlegging van het resultaat van de onderhandelingen in de statuten is ook logisch, omdat ook in het geval van toepassing van de structuurregeling, deze in de statuten dient te worden opgenomen (artikel 2:154 lid 3 BW / artikel 2:264 lid 3 BW). Het resultaat van onderhandelingen gevoerd met de BOG kan afwijken van de structuurregeling. Om aan te sluiten bij de structuurregeling, zal de overeengekomen vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap moeten worden neergelegd in de statuten van de verkrijgende door Nederlands recht beheerste vennootschap.⁹⁸

De onderhandelingen tussen de besturen van de fuserende vennootschappen en de BOG hoeven niet te worden geopend, wanneer de algemene vergadering van elke fuserende vennootschap besluit af te zien van het openen van onderhandelingen over regelingen met betrekking tot medezeggenschap (artikel 2:333k lid 3 BW). Het

⁹⁸ *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 25, 26.

afzien van openen van onderhandelingen heeft tot gevolg dat de ‘referentievoorschriften’ als bedoeld in artikel 1:31 WRW van toepassing zijn. Deze referentievoorschriften bevatten een ‘vangnet’ en geven zelf een systeem van – relatief strenge – vennootschapsrechtelijke medezeggenschap.

Niet alleen de algemene vergaderingen van elke fuserende vennootschap kunnen besluiten af te zien van het openen van onderhandelingen, ook de BOG kan besluiten tot het afzien van het openen van onderhandelingen (artikel 2:333k lid 4 BW). De BOG kan tevens besluiten de reeds geopende onderhandelingen te beëindigen. Een dergelijk besluit dient genomen te worden met een meerderheid van twee derden, vertegenwoordigende twee derde van de werknemers uit ten minste twee lidstaten. Het gevolg van het besluit af te zien van het openen van onderhandelingen, dan wel het besluit de onderhandelingen te beëindigen, heeft, anders dan wanneer de algemene vergadering besluit af te zien van het openen van de onderhandelingen, niet tot gevolg dat de referentievoorschriften van toepassing zijn, maar geldt het medezeggenschapsrecht van de *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap.

7.6.3 Positie van werknemers bij grensoverschrijdende splitsing

Ook bij een grensoverschrijdende splitsing speelt de problematiek van de werknemersmedezeggenschap. Vooropgesteld moet worden dat de arbeidsrechtelijke medezeggenschap, zoals neergelegd in de WOR, alleen van toepassing is binnen het Nederlandse territorium. Met de ondernemingsraad (in de zin van WOR) zal overlegd moeten worden over de voorgenomen grensoverschrijdende splitsing (artikel 23 WOR) en de ondernemingsraad zal in de gelegenheid moeten worden gesteld advies uit te brengen over het besluit tot grensoverschrijdende splitsing, omdat mogelijk de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan wordt overgedragen of overgenomen of een belangrijke wijziging optreedt in de organisatie van de onderneming (artikel 25 WOR).

De vennootschapsrechtelijke medezeggenschap zal, net als bij een grensoverschrijdende fusie, bij een grensoverschrijdende splitsing kunnen ‘weglekken’ of ‘verloren kunnen gaan’ wanneer de splitsende vennootschap een vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent en (i) het op een verkrijgende vennootschap toepasselijke recht een lichtere vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent of in het geheel geen vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent, dan wel (ii) de verkrijgende vennootschap niet voldoet aan alle eisen gesteld door dat toepasselijke recht om te vallen onder de regels van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. De vraag die dan opkomt, is hoe hiermee moet worden omgegaan bij een grensoverschrijdende splitsing en welk recht van welke vennootschap moet worden toegepast.

In de eerste plaats zal de vraag beantwoord moeten worden wanneer sprake is van een ‘verlies’ of ‘een lichtere vorm’ van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. De situatie voorafgaande aan de grensoverschrijdende splitsing zal daartoe

moeten worden vergeleken met de situatie zoals die zal bestaan na de grensoverschrijdende splitsing. Bij grensoverschrijdende fusie wordt dit beginsel ook wel aangeduid met de term 'voor-na-beginsel'.⁹⁹

Krachtens het Nederlandse recht hebben de werknemers, bij monde van de ondernemingsraad bij het van toepassing zijn van het structuurregime, ten aanzien van *alle* leden van de raad van commissarissen het recht personen *aan te bevelen* om als commissaris te worden voorgedragen (artikel 2:158 lid 5 en artikel 2:268 lid 5 BW). Daarnaast heeft de ondernemingsraad het recht voor een *derde* van het aantal leden van de raad van commissarissen personen *bindend* voor te dragen (artikel 2:158 lid 6 en artikel 2:268 lid 6 BW).

Krachtens het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) kan een (kwalitatief) sterker recht van de werknemers bestaan, zoals het recht leden van het toezichthoudend orgaan rechtstreeks te benoemen. De vraag is wanneer ten gevolge van de grensoverschrijdende splitsing de werknemers onderworpen zullen zijn aan een 'lager' niveau van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap na de grensoverschrijdende splitsing als voor de grensoverschrijdende splitsing. De moeilijkheid die zich hierbij voordoet is hoe de verschillende stelsels van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap moeten worden 'gewogen'. Is bijvoorbeeld het recht leden van het toezichthoudend orgaan te *benoemen* van hogere orde dan een normaal, versterkt – en/of bindend – *aanbevelingsrecht*?

In het kader van grensoverschrijdende fusie geldt het principe dat bij de bepaling welke medezeggenschap van hogere orde is niet wordt gekeken naar de *inhoud* – de 'kwaliteit' – van het recht, maar slechts naar het *aantal* leden van het toezichthoudend orgaan waarop het recht van werknemers betrekking heeft (artikel 16 lid 2 sub a Tiende richtlijn). Krachtens artikel 16 lid 2 sub a Tiende richtlijn wordt alleen gekeken naar het *absolute* aantal leden in het toezichthoudend orgaan of het leidinggevende orgaan waarop werknemers invloed kunnen uitoefenen middels bijvoorbeeld een benoemingsrecht of een aanbevelingsrecht. Op zich is dat vreemd, aangezien het geval zich kan voordoen dat het toezichthoudend orgaan van de verkrijgende vennootschap meer leden heeft dan het toezichthoudend orgaan van de verdwijnende vennootschap. Bij een *absoluut* gelijkblijvend *aantal* leden waarop de werknemers invloed hebben door middel van een benoemingsrecht of aanbevelingsrecht, kan de medezeggenschap van werknemers dan toch *relatief* lager uitvallen na de fusie dan voor de fusie. Een voorbeeld ter verduidelijking: vennootschap A, met een toezichthoudend orgaan van zes leden, waarvan twee worden benoemd door (vertegenwoordigers van) werknemers, fuseert grensoverschrijdend met verkrijgende vennootschap B. Vennootschap B heeft een toezichthoudend orgaan van acht leden, waarvan eveneens twee leden worden benoemd door (vertegenwoordigers van) werknemers. Gemeten naar het *absolute aantal leden* van het toezichthoudend orgaan waarop de (vertegenwoordigers van) werknemers

⁹⁹ De Kluiver 2004, p. 6.

invloed kunnen uitoefenen, vindt geen verlies van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap plaats, terwijl dat in relatieve zin wel het geval is, omdat vóór de grensoverschrijdende fusie de (vertegenwoordigers van) werknemers invloed hadden op de benoeming van één derde van het aantal leden van het toezichthoudend orgaan en na de grensoverschrijdende splitsing nog slechts invloed hebben op de benoeming van een kwart van het aantal leden van het toezichthoudend orgaan.

Eenzelfde benadering als bij grensoverschrijdende fusie kan worden gevolgd bij grensoverschrijdende splitsing. Zeer lastig is te bepalen welk recht kwalitatief van betere of hogere aard is, zeker wanneer dat recht ook nog eens betrekking heeft op een verschillend aantal leden van het toezichthoudend orgaan. Daarom zou, bij de bepaling of ten gevolge van een grensoverschrijdende splitsing vennootschapsrechtelijke medezeggenschap verloren gaat, alleen gekeken moeten worden naar het absolute aantal leden van het toezichthoudend of leidinggevend orgaan dat benoemd kan worden of waartoe aanbeveling kan worden gedaan door de werknemers, onmiddellijk, dan wel middellijk door middel van de ondernemingsraad.

7.6.3.1 De behoefte aan bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap

De volgende vraag is wat er moet gebeuren indien ten gevolge van een grensoverschrijdende splitsing vennootschapsrechtelijke medezeggenschap dreigt 'weg te lekken', wanneer krachtens het op de verkrijgende vennootschappen toepasselijke recht een – absoluut – kleiner aantal leden van het toezichthoudend orgaan worden benoemd, aangewezen of voorgedragen door werknemers dan voor de grensoverschrijdende splitsing het geval was. Met name is naar mijn mening de vraag of enige bescherming moet worden toegepast ter verzekering van de rechten van werknemers in de verkrijgende vennootschap(en) en zo ja, hoe die bescherming vormgegeven zou moeten worden. Hoe de bescherming vormgegeven zou moeten worden, komt aan bod in paragraaf 7.6.3.2.

In dit kader moet vooropgesteld worden dat artikel 16 Tiende richtlijn, dat een regel bevat ter behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusie, van dwingende aard is. Lidstaten moesten artikel 16 Tiende richtlijn implementeren en derhalve kennen alle lidstaten een regeling tot behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusie, zelfs als een lidstaat zelf geen vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent. Vanwege het dwingende karakter van artikel 16 Tiende richtlijn is niet eenvoudig te bepalen hoe de Nederlandse wetgever zelf zou aankijken tegen een mogelijk verlies van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing. Voordat de Tiende richtlijn werd geïmplementeerd, had de Nederlandse wetgever geen regels opgenomen ter bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusie. Dat was ook logisch, omdat de Nederlandse wetgeving in het geheel niet voorzag in een wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende fusie.

Tot op heden bestaat in het Nederlandse recht geen regeling tot behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing. Evenmin bestaat een regeling omtrent behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende omzetting. Wel bevat het pre-wetsvoorstel betreffende grensoverschrijdende omzetting, in 2012 opgesteld door de Commissie Vennootschapsrecht en aangeboden aan de minister van Veiligheid en Justitie,¹⁰⁰ een regeling tot behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij een grensoverschrijdende omzetting. In dat pre-wetsvoorstel is in artikel 2:334tt BW een regeling opgenomen tot behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. De tekst van dat artikel luidt als volgt:

‘Indien de om te zetten vennootschap voldoet aan de bepalingen van artikel 157, 158 tot en met 164 of 158 tot en met 161 en 164 dan wel 267, 268 tot en met 274 of 268 tot en met 271 en 274, is grensoverschrijdende omzetting niet mogelijk tenzij de voorgestelde statuten voorzien in een regeling met betrekking tot medezeggenschap als bedoeld in artikel 1:1 lid 1, onderdeel n, van de Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap.’

Op het voorgestelde artikel 2:334tt BW betreffende grensoverschrijdende omzetting is de nodige kritiek te uiten.¹⁰¹ In ieder geval valt uit het voorgestelde artikel 2:334tt BW niet op te maken dat, zoals bij grensoverschrijdende fusie, in principe werknemersmedezeggenschap na de omzetting niet op een ‘lager niveau’ mag plaatsvinden dan voor de omzetting. Op basis van een letterlijke interpretatie van het voorgestelde artikel 2:334tt BW lijkt het bestaan van *enige vorm* van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, neergelegd in de statuten zoals die zullen luiden na het van kracht worden van de omzetting, voldoende om een vennootschap waarop het structuurregime van toepassing is, grensoverschrijdend om te mogen zetten. Evenmin valt uit de verwijzing naar de definitie van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen op te maken dat bij omzetting met een BOG onderhandeld moet worden over de medezeggenschap na de omzetting, zoals bij grensoverschrijdende fusie wel het geval kan zijn op basis van artikel 2:333k BW en artikel 16 Richtlijn 2005/56/EG. Na de grensoverschrijdende omzetting is het overigens op basis van het voorgestelde artikel 2:334tt BW ook nog mogelijk dat in de inbound-lidstaat – voor zover toegestaan krachtens het recht van die lidstaat – de statuten van de vennootschap worden gewijzigd, waardoor de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in die vennootschap in het geheel zal kunnen verdwijnen.

100 Brief van de Commissie Vennootschapsrecht aan de minister van Veiligheid en Justitie, 12 februari 2012, gepubliceerd op 7 september 2012 op www.rijksoverheid.nl. Bij de brief van de Commissie Vennootschapsrecht is een concept van een voorstel van wet en een concept van de Memorie van Toelichting bijgevoegd.

101 Roelofs en Van Eck 2013-I, p. 296 – 301 en Roelofs en Van Eck 2013-II, p. 313 – 319.

Het pre-wetsvoorstel biedt geen voorziening waardoor het bestaan van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap wordt gewaarborgd na het van kracht worden van de grensoverschrijdende omzetting. Een met artikel 2:333k lid 7 BW vergelijkbare antimisbruikbepaling, op basis waarvan artikel 2:333k BW integraal van toepassing is bij een opvolgende nationale of grensoverschrijdende fusie, ontbreekt in het pre-wetsvoorstel betreffende grensoverschrijdende omzetting. Het eenzijdig creëren van zo een waarborg door een lidstaat is ook zeer lastig. Het recht van de outbound-lidstaat is immers na de grensoverschrijdende omzetting niet meer op de vennootschap van toepassing.

De grensoverschrijdende splitsing en de grensoverschrijdende omzetting zijn – althans vanuit Nederlands perspectief – in die zin met elkaar vergelijkbaar, dat voor beide rechtshandelingen nog geen wetgeving bestaat, maar dat zij wel mogelijk zijn op basis van de vrijheid van vestiging en dat bij zowel grensoverschrijdende splitsing als bij grensoverschrijdende omzetting werknemers van de splitsende, respectievelijk omzettende vennootschap, te maken kunnen krijgen met een ander systeem van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap en vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in het kader van deze rechtshandelingen verloren kan gaan of kan ‘weglekken’.

Uit het pre-wetsvoorstel betreffende grensoverschrijdende omzetting is – gesteld dat het wordt verheven tot een ‘normaal’ wetsvoorstel – ten minste af te leiden dat vanuit Nederlandse optiek wel enige waarde wordt gehecht aan bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. Ik ben mede om deze reden van mening dat ook bij een grensoverschrijdende splitsing aandacht zal moeten worden besteed aan het behoud en de bescherming van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van werknemers. Dat is met name het geval als de door Nederlands recht beheerste grensoverschrijdend splitsende vennootschap een vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent – zoals het structuurregime of een andere vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, zoals die in de statuten is neergelegd als resultaat van onderhandelingen met een BOG bij een grensoverschrijdende fusie – en ten gevolge van de grensoverschrijdende splitsing vennootschapsrechtelijke medezeggenschap verloren zou gaan of op een lager niveau zou plaatsvinden.

7.6.3.2 Waarborging van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing

De vraag is hoe de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap met de huidige stand van de wetgeving bij een grensoverschrijdende splitsing gewaarborgd kan worden. De procedure van artikel 2:333k BW zou ook bij een grensoverschrijdende splitsing toegepast kunnen worden, zij het dat toepassing van die bepaling berust op een zuiver vrijwillige basis.

Artikel 2:333k BW is slechts van toepassing op grensoverschrijdende fusie en niet op grensoverschrijdende splitsing. Bij niet-toepassing van artikel 2:333k BW

bij grensoverschrijdende splitsing, handelt de splitsende vennootschap niet in strijd met enige wettelijke bepaling en (delegaties van) werknemers kunnen toepassing van artikel 2:333k BW niet afdwingen bij grensoverschrijdende splitsing. Bovendien kan artikel 2:333k BW niet zonder meer worden toegepast op grensoverschrijdende splitsing, omdat artikel 2:333k BW ontworpen is voor grensoverschrijdende fusie. Bij toepassing van dit artikel op grensoverschrijdende splitsing zal een vertaalslag moeten worden gemaakt naar grensoverschrijdende splitsing.

Het principe van artikel 2:333k BW is dat het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap tevens de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap regelt. Dat principe geldt bij grensoverschrijdende fusie en kan ook gelden bij grensoverschrijdende splitsing bij analoge toepassing van artikel 2:333k BW. Dat principe zal dan echter niet in gevallen moeten gelden wanneer één van de uitzonderingen van artikel 2:333k BW van toepassing is. In die gevallen zal dan onderhandeld moet worden over vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap.

Gevallen waarin onderhandeld moet worden: ten minste vijfhonderd werknemers en vennootschapsrechtelijke medezeggenschap

In artikel 2:333k lid 2 sub a BW is bepaald dat onderhandeld moet worden wanneer bij ten minste één van de fuserende vennootschappen in de zes maanden voorafgaande aan de datum van neerlegging of openbaarmaking van het fusievoorstel gemiddeld meer dan vijfhonderd werknemers werkzaam zijn én op deze fuserende vennootschap regelingen met betrekking tot – vennootschapsrechtelijke – medezeggenschap van toepassing zijn. Deze twee vereisten werken cumulatief. De grens van vijfhonderd werknemers is enigszins arbitrair gekozen. Deze grens is alleen bedoeld om kleine en middelgrote ondernemingen, die minder dan vijfhonderd werknemers in dienst hebben, uit te zonderen van toepassing van de regeling voor de medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusie.¹⁰²

Bij analoge toepassing van artikel 2:333k lid 2 sub a BW bij grensoverschrijdende splitsing, zou naar mijn mening alleen onderhandeld moeten worden over vennootschapsrechtelijke medezeggenschap indien bij de splitsende vennootschap ten minste vijfhonderd werknemers werkzaam zijn én een regeling van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van toepassing is. Op die manier zijn kleine en middelgrote ondernemingen uitgezonderd van de toepassing van de regeling omtrent behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. Bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing wordt in dat geval onderhandeld op basis van analoge toepassing van artikel 2:333k lid 2 sub a BW, bij een inbound-grensoverschrijdende splitsing wordt onderhandeld op basis van analoge toepassing van artikel 16 lid 2 Tiende richtlijn en de wetgeving waarmee deze bepaling werd

102 Verslag van de Commissie juridische zaken van het Parlement over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen d.d. 25 april 2005, A6-0089/2005, p. 38.

geïmplementeerd in het recht van de andere staat dat van toepassing is op de splitsende vennootschap.

Gevallen waarin onderhandeld moet worden: de verkrijgende Nederlandse vennootschap voldoet niet aan de bepalingen van het structuurregime

Het tweede geval waarin op basis van artikel 2:333k BW onderhandeld moet worden over de medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap bij grensoverschrijdende fusie is wanneer op één van de fuserende vennootschappen regelingen met betrekking tot medezeggenschap van toepassing zijn en de verkrijgende, door Nederlands recht beheerste vennootschap niet voldoet aan de bepalingen van het structuurregime. Deze bepaling is een implementatie van artikel 16 lid 2 sub a Tiende richtlijn, op basis waarvan onderhandeld moet worden indien de nationale wetgeving van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap niet voorziet in ten minste hetzelfde niveau van werknemersmedezeggenschap dat van toepassing is in de betrokken fuserende vennootschappen.

Het is maar de vraag of de Nederlandse wetgever artikel 16 lid 2 sub a Tiende richtlijn juist heeft geïmplementeerd. Artikel 16 lid 2 sub a Tiende richtlijn bevat slechts het ‘voor-na-beginsel’, op basis waarvan ten gevolge van de grensoverschrijdende fusie na de grensoverschrijdende fusie bij de verkrijgende vennootschap vennootschapsrechtelijke medezeggenschap niet ‘op een lager niveau’ (gemeten naar het absolute aantal leden in het toezichthoudend of het bestuursorgaan waarop werknemers invloed kunnen uitoefenen door bijvoorbeeld een benoemingsrecht of aanbevelingsrecht), mag plaatsvinden dan voor de grensoverschrijdende fusie bij de verdwijnende vennootschap(en) het geval was.

De wijze van implementatie van artikel 16 lid 2 sub a Tiende richtlijn in artikel 2:333k lid 2 sub b BW is door de minister van Justitie gemotiveerd met de stelling dat het recht van de ondernemingsraad personen *aan te bevelen* als commissaris in de zin van artikel 2:158 lid 5 BW / artikel 2:268 lid 5 BW van hogere orde is dan het *versterkte aanbevelingsrecht* voor een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen (artikel 2:158 lid 6 BW / artikel 2:268 lid 6 BW) en dat bij een grensoverschrijdende fusie tussen vennootschappen met vennootschapsrechtelijke medezeggenschap de vergelijking van zeggenschapsniveaus van de fuserende vennootschappen altijd in het voordeel van Nederland zal uitvallen. In de literatuur is deze visie, mijn inziens terecht, omstreden.¹⁰³ In de eerste plaats is het *algemene aanbevelingsrecht* van artikel 2:158 lid 5 BW / artikel 2:268 lid 5 BW geen aanbevelingsrecht waaraan de raad van commissarissen zich moet houden, terwijl dat wel het geval is bij het *versterkte aanbevelingsrecht* in de zin van artikel 2:158 lid 6 BW / artikel 2:268 lid 6 BW. Bij een grensoverschrijdende fusie van een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere staat waarbij drie leden van het toezichthoudend orgaan worden benoemd door (vertegenwoordigers

¹⁰³ Roest 2007, p. 711.

van) werknemers en een verkrijgende door Nederlands recht beheerste vennootschap waarop het structuurregime van toepassing is met een raad van commissarissen van zes leden waarbij conform artikel 2:158 lid 6 BW / artikel 2:268 lid 6 BW twee leden worden benoemd door de ondernemingsraad, kan wel degelijk een verlies van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap optreden. Het structuurregime omvat in dat geval geen 'zwaardere' vennootschapsrechtelijke medezeggenschap dan bekend was bij de verdwijnende vennootschap. De vergelijking van medezeggenschapsniveaus valt dan niet uit in het voordeel van Nederland. In de tweede plaats kent de toepasselijkheid van het structuurregime een aanlooptijd van drie jaren (artikel 2:154 lid 1 BW / artikel 2:264 lid 1 BW). Bij het (nog) niet van toepassing zijn van het structuurregime op de verkrijgende vennootschap zou vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij de verkrijgende, door Nederlands recht beheerste vennootschap eveneens op een lager niveau kunnen plaatsvinden dan bij de verdwijnende vennootschap. In dat geval zou in principe onderhandeld moeten worden. De minister van Justitie heeft opgemerkt dat onderhandelingen kunnen worden volkomen wanneer de verkrijgende vennootschap in zo een geval vrijwillig het structuurregime toepast.¹⁰⁴

Los van de vraag of artikel 16 lid 2 sub a Tiende richtlijn juist door de Nederlandse wetgever geïmplementeerd is, rijst de vraag hoe artikel 2:333k lid 2 sub b BW naar analogie zou kunnen worden toegepast bij grensoverschrijdende splitsing. Bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing, waarbij de door Nederlands recht beheerste splitsende vennootschap een regeling omtrent vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent, zoals het structuurregime, en de verkrijgende vennootschap(en) geen regeling omtrent medezeggenschap kennen, kunnen medezeggenschapsrechten verloren gaan en zal, gezien vanuit artikel 16 lid 2 sub a Tiende richtlijn en de daarop gebaseerde implementatiewetgevingen van de lidstaten waarvan het recht van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en), onderhandeld moeten worden over de medezeggenschap.

Bij een inbound-grensoverschrijdende splitsing, waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap, zou, indien de splitsende vennootschap een vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent, onderhandeld moeten worden, tenzij het structuurregime van toepassing is op de verkrijgende door Nederlands recht beheerste vennootschap. Bij toepassing van het structuurregime bij de verkrijgende door Nederlands recht beheerste vennootschap zou bij de weging van medezeggenschapsniveaus niet moeten worden gekeken naar het *algemene aanbevelingsrecht* zoals bedoeld in artikel 2:158 lid 5 BW / artikel 2:268 lid 5 BW, maar naar het *versterkte aanbevelingsrecht* in de zin van artikel 2:158 lid 6 BW / artikel 2:268 lid 6 BW.

Toepassing van het structuurregime kent een aanlooptijd van drie jaren. De minister van Justitie heeft wat betreft grensoverschrijdende fusie opgemerkt dat de

104 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929 nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 24.

door Nederlands recht beheerste verkrijgende vennootschap bij een grensoverschrijdende fusie onderhandelingen kan vermijden door het structuurregime vrijwillig toe te passen.¹⁰⁵ Bij een analoge toepassing van artikel 2:333k lid 2 sub b BW bij een grensoverschrijdende splitsing zou de verkrijgende, door Nederlands recht beheerste vennootschap eveneens het structuurregime vrijwillig kunnen toepassen. Echter, ook bij vrijwillige toepassing van het structuurregime, zal nog wel in het oog moeten worden gehouden of geen verlies van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap optreedt, waarbij gekeken moet worden naar het absolute aantal leden van het toezichthoudend orgaan waarop de (vertegenwoordigers van) werknemers invloed op kunnen uitoefenen.

Gevallen waarin onderhandeld moet worden: medezeggenschapsrechten werken niet extraterritoriaal

De Tiende richtlijn schrijft voor dat tevens onderhandeld moet worden in het geval het op de verkrijgende vennootschap toepasselijke recht niet voorschrijft dat werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de verkrijgende vennootschap hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten hebben als de werknemers in de lidstaat waar de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft (artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn).¹⁰⁶ De minister van Justitie heeft, met een zeer summiere motivering, implementatie van deze bepaling in de Nederlandse wetgeving niet noodzakelijk geacht.¹⁰⁷

De vraag rijst of de Nederlandse wetgever artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn wel goed heeft geïmplementeerd door geen bepaling in nationale wetgeving op te nemen voor deze uitzondering. In de Memorie van Toelichting is het achterwege laten van een bepaling ter implementatie van artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn als volgt gemotiveerd:

'De situatie beschreven in artikel 16 lid 2 onder a, waardoor onwenselijk verlies van medezeggenschap in de kleinere vennootschap zou optreden, doet zich bij een Nederlandse vennootschap als verkrijgende vennootschap derhalve niet voor indien op die verkrijgende vennootschap de structuurregeling van toepassing is. Dat brengt met zich dat Nederland aan de tweede uitzondering, neergelegd in artikel 16 lid 2 onder b, niet toekomt. In het voorgestelde lid 2 (van artikel 2:333k BW, toevoeging ER) is dit neergelegd onder b. De structuurregeling kan van toepassing zijn krachtens de voorschriften van artikel 2:153/263 BW of omdat de verkrijgende vennootschap daarvoor vrijwillig kiest met gebruikmaking van artikel 2:157/267 BW. Aldus kan een verkrijgende vennootschap door vrijwillige toepassing van de structuurregeling desgewenst onderhandelingen vermijden. Daartegen bestaat geen bezwaar nu op die manier de medezeggenschap van werknemers feitelijk en op een – zeker in de Europese

105 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929 nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 24.

106 Zie hierover uitgebreid: Laagland 2013, p. 96 – 98.

107 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929 nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 24.

*verhoudingen – hoog niveau wordt verzekerd. Alleen wanneer één van de fusiepartners een vennootschap met meer dan 500 werknemers is, moet altijd onderhandeld worden.*¹⁰⁸

Het lijkt erop dat de minister van Justitie uitging van het standpunt dat het Nederlandse structuurregime niet beperkt is tot het Nederlandse territoir en tevens ziet op in andere lidstaten gelegen vestigingen van de verkrijgende vennootschap. Roest heeft zich afgevraagd of deze constatering in de Memorie van Toelichting wel juist is.¹⁰⁹ De medezeggenschap zoals vervat in artikel 2:158 BW / artikel 2:268 BW geeft rechten aan de (centrale) ondernemingsraad. In de (centrale) ondernemingsraad zijn geen werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen vertegenwoordigd. Dientengevolge kunnen deze werknemers ook geen medezeggenschap uitoefenen. Met andere woorden: de medezeggenschap werkt niet 'extraterritoriaal' in die zin, dat het medezeggenschapsrecht zich uitstrekt tot werknemersrechten van werknemers in andere lidstaten. Deze werknemers zijn in ieder geval niet betrokken in het vertegenwoordigend orgaan dat aanbevelingen doet in de zin van artikel 2:158 lid 5/6 BW / artikel 2:268 lid 5/6 BW.

Op 20 juni 2013 heeft het Hof van Justitie van de EU inzake een infractieprocedure ingesteld door de Europese Commissie¹¹⁰ op basis van artikel 258 VwEU geoordeeld dat Nederland artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn niet juist heeft geïmplementeerd in de nationale wetgeving.¹¹¹

De Commissie heeft aangevoerd dat Nederland artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn onjuist heeft geïmplementeerd en slechts artikel 16 lid 2 sub a Tiende richtlijn in aanmerking heeft genomen bij de implementatie van de Tiende richtlijn en heeft nagelaten de medezeggenschapsrechten van in Nederland werkzame werknemers overeenkomstig artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn uit te breiden tot de in andere lidstaten werkzame werknemers van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane of reeds bestaande, verkrijgende vennootschap.¹¹² Daarmee druist volgens de Commissie de Nederlandse regeling in tegen de doelstelling van de Tiende richtlijn, namelijk om aan alle werknemers van een uit een grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap dezelfde medezeggenschapsrechten te verlenen, ongeacht in welke lidstaat zij werkzaam zijn.¹¹³ Nederland heeft daartegen aangevoerd dat artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn geen verplichting inhoudt voor

108 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 24.

109 Roest 2007, p. 711.

110 Beroep ingesteld op 9 december 2011 - Europese Commissie tegen Koninkrijk der Nederlanden (Zaak C-635/11), PB C 58 van 25.2.2012, p. 4 – 5.

111 HvJ EU 20 juni 2013, Europese Commissie tegen Koninkrijk der Nederlanden, Zaak C-635/11, Jurisprudentie 2013, p. 00000.

112 HvJ EU 20 juni 2013, Europese Commissie tegen Koninkrijk der Nederlanden, Zaak C-635/11, Jurisprudentie 2013, p. 00000, r.o. 11.

113 HvJ EU 20 juni 2013, Europese Commissie tegen Koninkrijk der Nederlanden, Zaak C-635/11, Jurisprudentie 2013, p. 00000, r.o.12.

lidstaten te waarborgen dat de medezeggenschapsregels worden uitgebreid tot de werknemers die in andere lidstaten werkzaam zijn. Volgens Nederland vindt die uitleg steun in artikel 16 lid 5 Tiende richtlijn.

Het Hof van Justitie van de EU oordeelde dat Nederland niet heeft betwist dat in de Nederlandse wet niet de uitzondering is opgenomen als bedoeld in artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn. Het staat daarmee voor het Hof van Justitie van de EU vast dat de Nederlandse wetgeving niet bepaalt dat de werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten hebben als de in Nederland werkzame werknemers.¹¹⁴ Het Hof van Justitie van de EU stelde daarmee vast dat de Nederlandse wetgeving niet bepaalt dat de werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten hebben als de in Nederland werkzame werknemers.¹¹⁵

Het Hof van Justitie van de EU memoreert nog eens dat uit de tekst van artikel 16 lid 2 en lid 3 Tiende richtlijn en uit de doelstelling van die bepalingen volgt dat de regels betreffende werknemersmedezeggenschap van de lidstaat waar de statutaire zetel van de uit de fusie ontstane of reeds bestaande, verkrijgende vennootschap is gesitueerd, niet gelden indien het op deze vennootschap van toepassing zijnde nationale recht niet cumulatief voorziet in de twee gevallen die in artikel 16 lid 2 sub a en sub b Tiende richtlijn zijn bedoeld.

Volgens het Hof van Justitie van de EU heeft Nederland artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn niet correct geïmplementeerd en daarmee is niet verzekerd dat de werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van een vennootschap die uit een grensoverschrijdende fusie is ontstaan – of als reeds bestaande vennootschap is opgetreden als verkrijgende vennootschap – en haar statutaire zetel in Nederland heeft, dezelfde medezeggenschapsrechten hebben als de werknemers die in Nederland werkzaam zijn.

Met de uitspraak van het Hof van Justitie van de EU is duidelijk geworden dat de Nederlandse wetgeving niet in overeenstemming is met artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn en dat in principe ook onderhandeld zou moeten worden over de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap indien bij grensoverschrijdende fusie de verkrijgende vennootschap wordt beheerst door Nederlands recht. Indien bij een grensoverschrijdende splitsing een door Nederlands recht beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap, doet zich dezelfde omstandigheid voor. Ook in dat geval zal naar mijn mening moeten worden onderhandeld over de medezeggenschap in de door Nederlands recht beheerste verkrijgende vennootschap.¹¹⁶

114 HvJ EU 20 juni 2013, Europese Commissie tegen Koninkrijk der Nederlanden, Zaak C-635/11, Jurisprudentie 2013, p. 00000, r.o. 31.

115 HvJ EU 20 juni 2013, Europese Commissie tegen Koninkrijk der Nederlanden, Zaak C-635/11, Jurisprudentie 2013, p. 00000, r.o. 31.

116 Roelofs 2014-I, p. 39 – 42.

Los van de vraag of artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn juist geïmplementeerd is of niet, de vennootschap kan ook zelf een vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap hebben gecreëerd in haar statuten of in de statuten een vorm van medezeggenschap hebben neergelegd die bijvoorbeeld het resultaat is van onderhandelingen bij een voorgaande grensoverschrijdende fusie. Ook in die gevallen kan de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap na de fusie bij de verkrijgende, door Nederlands recht beheerste vennootschap zich niet uitstrekken tot de werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de verkrijgende vennootschap. Ook bij een grensoverschrijdende splitsing kan het geval zich voordoen dat de verkrijgende vennootschap(en) wel een vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent of kennen, maar dat die medezeggenschap zich niet uitstrekt tot de in andere lidstaten gelegen vestigingen. In dat geval zou, naar analogie met artikel 16 lid 2 sub b Tiende richtlijn, eveneens onderhandeld moeten worden over de medezeggenschap.

Het voeren van onderhandelingen bij een grensoverschrijdende splitsing

Als eenmaal bepaald is dat onderhandeld zal worden over de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap(en) bij een grensoverschrijdende splitsing, zou, bij een grensoverschrijdende splitsing waarbij meerdere verkrijgende vennootschappen optreden, naar mijn mening de procedure voor iedere verkrijgende vennootschap apart moeten worden doorlopen. Het ligt voor de hand om de BOG te formeren uit de groep werknemers die na de grensoverschrijdende splitsing werknemer zullen zijn van de betreffende verkrijgende vennootschap. Zou dat niet zo zijn, dan zouden de werknemers, na de grensoverschrijdende splitsing werkzaam bij verkrijgende vennootschap A, invloed hebben op de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij verkrijgende vennootschap B. Dat zou een vreemd effect zijn. Welke werknemers na de grensoverschrijdende splitsing bij welke vennootschap werkzaam zullen zijn, kan worden beschreven in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing.

Hierbij speelt ook nog de moeilijkheid dat wanneer de verkrijgende vennootschappen in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw worden opgericht, geen onderhandelingen kunnen worden gevoerd tussen het bestuur van de bij de splitsing opgerichte verkrijgende vennootschap en de (toekomstige) werknemers van deze vennootschap, vertegenwoordigd in een BOG. Een oplossing hiervoor zou kunnen zijn dat de onderhandelingen worden gevoerd door het bestuur van de splitsende vennootschap en de werknemers van de splitsende vennootschap die na de splitsing werkzaam zullen zijn bij de betreffende verkrijgende vennootschap.

7.6.4 Bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief

7.6.4.1 De Finse benadering

In de Finse wetgeving, waarin een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing is opgenomen, zijn tevens regels opgenomen ter bescherming van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing. In het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing moet de procedure zijn beschreven betreffende de bepaling van regels van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap (section 21 paragraph 2 sub 6 Osakeyhtiölaki). Voor de inschrijving van de grensoverschrijdende splitsing is vereist dat de werknemersmedezeggenschap in de verkrijgende vennootschap is verzekerd op een manier gelijkend op die van artikel 16 Tiende richtlijn (section 25 paragraph 2 Osakeyhtiölaki).

Duidelijk is dat de Finse wetgever wat betreft de bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing aansluiting heeft gezocht bij de regeling omtrent grensoverschrijdende fusie. Artikel 16 Tiende richtlijn is van overeenkomstige toepassing verklaard. Echter, hoe artikel 16 Tiende richtlijn precies moet worden toegepast bij grensoverschrijdende splitsing, heeft de Finse wetgever in het midden gelaten. De reeds in paragraaf 7.6.3.2. gesignaleerde problemen bij analoge toepassing van artikel 2:333k BW voor grensoverschrijdende splitsing spelen ook in dit geval. Naar mijn mening zou vooral aangesloten moeten worden bij de beginselen van artikel 16 Tiende richtlijn, namelijk: in principe geldt de *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap (pen), ook wat betreft vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, tenzij onderhandeld moet worden over de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in het geval (i) bij de splitsende vennootschap ten minste vijfhonderd werknemers werkzaam zijn en een stelsel geldt van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, (ii) ten gevolge van de grensoverschrijdende splitsing medezeggenschapsrechten verloren gaan (het ‘voor-na-beginsel’) of (iii) de vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsrechten van de verkrijgende vennootschap niet extraterritoriaal werken.

7.6.4.2 De Deense benadering

In de Deense wetgeving, waarin een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing is opgenomen, zijn eveneens regels opgenomen ter bescherming van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing. In het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing moet informatie opgenomen zijn omtrent de procedures betreffende de betrokkenheid van werknemers bij de bepaling van hun rechten van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap (§ 292 lid 11 Danish Companies Act).

In § 318 Danish Companies Act is bepaald dat voor de werknemersmedezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing de regels van § 311 tot en met § 317 Danish Companies Act betreffende werknemersmedezeggenschap bij grensoverschrijdende fusie van overeenkomstige toepassing zijn, met de noodzakelijke aanpassingen voor grensoverschrijdende splitsing. Hiermee lijkt de Deense benadering enigszins op de Finse benadering.

Voor de Deense vennootschap die niet ophoudt te bestaan bij een grensoverschrijdende splitsing, geldt in beginsel § 140 Danish Companies Act. Op basis van § 140 Danish Companies Act geldt een vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap – voor door Deens recht beheerste vennootschappen – die gedurende drie jaren gemiddeld ten minste 35 werknemers in dienst hadden. De werknemers hebben in dat geval het recht leden van het toezichthoudend orgaan te kiezen, voor een aantal dat gelijk is aan de helft van het aantal leden van het bestuur. Geldt § 140 Danish Companies Act echter niet voor de door Deens recht beheerste vennootschap, dan zal, in de gevallen genoemd in artikel 16 Tiende richtlijn, onderhandeld moeten worden over de medezeggenschap in de door Deens recht beheerste vennootschap (§ 311 jo. § 140 Danish Companies Act). Een specifiek voor grensoverschrijdende splitsing uitgeschreven regeling ontbreekt in de Deense wetgeving.

7.6.4.3 De Duitse benadering

Het Voorstel van de Spezialkommission für Internationales Gesellschaftsrecht bevat geen regels omtrent behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusie en splitsing. De opdracht van de Spezialkommission zag daar niet op.¹¹⁷ De Spezialkommission merkt dienaangaande alleen op dat de conflictenrechtelijke regels van artikel 16 Tiende richtlijn in acht kunnen worden genomen.

In de Duitse literatuur naar aanleiding van grensoverschrijdende splitsing is opgemerkt dat het verlies van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in het algemeen verschillende oorzaken kan hebben, zoals (i) wijziging van de rechtsvorm in het kader van grensoverschrijdende splitsing (de verkrijgende vennootschap heeft een andere rechtsvorm dan de splitsende vennootschap), of (ii) door de splitsing worden bepaalde drempels betreffende aantallen werknemers, noodzakelijk voor vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, niet meer gehaald.¹¹⁸

In de Duitse doctrine is geconstateerd dat de Duitse wetgever bij (nationale) zuivere splitsing (Aufspaltung) verlies van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap toelaat, althans, geen wettelijke bepalingen heeft opgenomen ter waarborging van

117 Sonnenberger 2007, p. 55.

118 Prüm 2006, p. 182.

vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij Aufspaltung. § 325 Umwandlungsgesetz bevat bepalingen betreffende bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij Abspaltung en Ausgliederung en luidt als volgt:

(1) Entfallen durch Abspaltung oder Ausgliederung im Sinne des § 123 Abs. 2 und 3 bei einem übertragenden Rechtsträger die gesetzlichen Voraussetzungen für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, so finden die vor der Spaltung geltenden Vorschriften noch für einen Zeitraum von fünf Jahren nach dem Wirksamwerden der Abspaltung oder Ausgliederung Anwendung. Dies gilt nicht, wenn die betreffenden Vorschriften eine Mindestzahl von Arbeitnehmern voraussetzen und die danach berechnete Zahl der Arbeitnehmer des übertragenden Rechtsträgers auf weniger als in der Regel ein Viertel dieser Mindestzahl sinkt.

(2) Hat die Spaltung oder Teilübertragung eines Rechtsträgers die Spaltung eines Betriebes zur Folge und entfallen für die aus der Spaltung hervorgegangenen Betriebe Rechte oder Beteiligungsrechte des Betriebsrats, so kann durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag die Fortgeltung dieser Rechte und Beteiligungsrechte vereinbart werden. Die §§ 9 und 27 des Betriebsverfassungsgesetzes bleiben unberührt.

Op basis van § 325 (1) Umwandlungsgesetz geldt in principe de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap nog gedurende vijf jaren in de verkrijgende vennootschap(en) na het van kracht worden van de Abspaltung of Ausgliederung, indien door de Abspaltung of Ausgliederung de wettelijke bepalingen betreffende vennootschapsrechtelijke medezeggenschap niet meer van toepassing zijn. Dat geldt echter niet indien wettelijke bepalingen een minimumaantal werknemers voorschrijven voor het van toepassing zijn van regels van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, zoals het Mitbestimmungsgesetz of het Drittelbeteiligungsgesetz, en het aantal werknemers van de splitsende vennootschap met minder dan een kwart is afgenomen door de Abspaltung of Ausgliederung.

Prüm heeft opgemerkt dat § 325 Umwandlungsgesetz ook geldt bij een grensoverschrijdende splitsing.¹¹⁹ Lennerz heeft uit § 325 Umwandlungsgesetz de conclusie getrokken dat de Duitse wetgever bij een Aufspaltung – zuivere splitsing – het verlies van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap heeft geaccepteerd en dat dan ook zou gelden voor grensoverschrijdende Aufspaltung. Het verlies van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij Aufspaltung is volgens haar geen reden om een grensoverschrijdende splitsing ontoelaatbaar te achten.¹²⁰

7.6.5 Eigen visie en aanbevelingen voor wetgeving

In het voorgaande is duidelijk geworden dat bij een grensoverschrijdende splitsing vennootschapsrechtelijke medezeggenschap verloren kan gaan wanneer de verkrijgende

¹¹⁹ Prüm 2006, p. 184.

¹²⁰ Lennerz 2001, p. 234.

vennootschap(pen) geen vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent of kennen of in die verkrijgende vennootschap(pen) vennootschapsrechtelijke medezeggenschap op een 'lager niveau' plaatsvindt dan in de splitsende vennootschap het geval was.

Zoals in paragraaf 7.6.3.2. beschreven, kan de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing gewaarborgd worden door analoge toepassing van artikel 2:333k BW. Zoals geconstateerd, kan analoge toepassing van deze bepaling moeilijk blijken, omdat artikel 2:333k BW in de eerste plaats ontworpen is voor grensoverschrijdende fusie en niet voor grensoverschrijdende splitsing en in de tweede plaats bij toepassing van artikel 2:333k BW op grensoverschrijdende fusie de nodige vragen kunnen rijzen, omdat discussie bestaat over de vraag of artikel 16 Tiende richtlijn al dan niet juist is geïmplementeerd door de Nederlandse wetgever.

Gezien de onduidelijkheden in artikel 2:333k BW, ligt het naar mijn mening bij de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing bij de huidige stand van de wetgeving – en de afwezigheid van een wettelijk raamwerk voor grensoverschrijdende splitsing – meer voor de hand rechtstreeks aansluiting te zoeken bij artikel 16 Tiende richtlijn en de beginselen van dat artikel dan bij artikel 2:333k BW. Dat betekent dat in principe de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap geldt van de *lex societatis* van iedere verkrijgende vennootschap, tenzij (i) bij de splitsende vennootschap in de zes maanden voorafgaande aan de bekendmaking van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing gemiddeld meer dan vijfhonderd werknemers werkzaam zijn en de vennootschap een stelsel van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent, (ii) de *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap(pen) niet voorziet of voorzien in hetzelfde niveau van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap als de splitsende vennootschap, gemeten naar het absolute werknemersaantal in het toezichthoudend orgaan of het bestuursorgaan – het 'voorna-beginsel' – of (iii) de *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap(pen) wel vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent of kennen, maar die rechten van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap niet gelden voor werknemers van vestigingen in andere lidstaten van die verkrijgende vennootschap.

De onderhandelingen zouden gevoerd moeten worden per verkrijgende vennootschap, tussen enerzijds het bestuur van de betreffende verkrijgende vennootschap – mits deze reeds bestaat – of het bestuur van de splitsende vennootschap – indien de verkrijgende vennootschap in het kader van de splitsing wordt opgericht – en anderzijds de werknemers die werkzaam zullen zijn bij die verkrijgende vennootschap, vertegenwoordigd in een daartoe te vormen BOG. Bij een grensoverschrijdende fusie wordt de verkiezing van de leden van een BOG beheerst door het recht dat van toepassing is op de fuserende vennootschappen (artikel 3 lid 2 sub b Richtlijn 2001/86/EG).¹²¹ Bij een grensoverschrijdende splitsing zou de verkiezing

121 Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, PB L 294 van 10.11.2001, p. 22 – 32.

van de leden van de BOG moeten worden beheerst door het recht dat van toepassing zal zijn op de verkrijgende vennootschap.

Het voeren van onderhandelingen bij een grensoverschrijdende fusie is een moeilijk en tijdrovend proces en ook bij grensoverschrijdende splitsing zal dat het geval zijn. Die moeilijkheden zijn vooral gelegen in het feit dat (i) de procedure tot de vorming van een BOG en de onderhandelingen met veel regels zijn omgeven, (ii) geen zekerheid vooraf bestaat over de uitkomst van de onderhandelingen en niet in de laatste plaats (iii) de onderhandelingen een lange tijd in beslag kunnen nemen – zes maanden tot een jaar (artikel 1:17 lid 1 WRW). De regeling omtrent behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusie is met name om die laatste reden niet onomstreden. In de literatuur is zelfs opgemerkt dat de regeling omtrent vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusie zo belemmerend werkt, dat deze in feite een inbreuk vormt op de vrijheid van vestiging.¹²²

Ter vermijding van onderhandelingen, zou, indien op basis van bovenstaande regels onderhandeld zou moeten worden, gekozen kunnen worden de strengste vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap toe te passen in de verkrijgende vennootschap(en). Op die manier is tenminste voldaan aan het ‘voor-na-beginsel’. Ten gevolge van de grensoverschrijdende splitsing lekt dan geen vennootschapsrechtelijke medezeggenschap weg. Ik ben mij ervan bewust dat toepassing van de strengste vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap een zeer zwaar middel is, maar hierdoor wordt de procedure tot grensoverschrijdende splitsing in tijd niet belemmerd, gaan geen vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsrechten verloren en bestaat vooraf zekerheid over de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap(en).

In de toekomstige regelgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing zal naar mijn verwachting het behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap voorop blijven staan. De lange totstandkomingsgeschiedenis van de SE-Verordening, de SE-Richtlijn en de Tiende richtlijn zijn het bewijs dat het verlies – of het behoud – van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusie een zeer belangrijk onderwerp is geweest gedurende vele decennia. De argumenten die ten grondslag liggen aan deze regelingen, gelden onverkort voor grensoverschrijdende splitsing.

Idealiter zou het behoud of het verlies van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap helemaal geen punt van discussie moeten zijn. Met andere woorden: de discussie omtrent het verlies of het behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap zou helemaal geen of ten minste een kleinere rol moeten spelen bij de totstandkoming van de wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing. Daarvoor

122 Storm 2009, p. 134 – 135. Zie tevens: Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Services, Executive Summary p. 11 – 13 en Main Findings, p. 49 – 54 en Laagland 2013, p. 133.

zou naar mijn mening ofwel (i) een geharmoniseerd systeem van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de Europese Unie moeten bestaan, waardoor in alle lidstaten van de Europese Unie een gelijk 'niveau' van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap geldt (gemeten naar het relatief aantal leden van het toezicht-houdend orgaan of bestuursorgaan waar de ondernemingsraad of werknemers invloed op kan uitoefenen), dan wel (ii) geaccepteerd moeten worden dat binnen de interne markt van de Europese Unie verschillende systemen bestaan van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap en afgestapt moeten worden van het idee dat het van doorslaggevend belang is op welk niveau medezeggenschap van werknemers plaatsvindt en dat het onaanvaardbaar is als vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in het kader van een grensoverschrijdende splitsing (of grensoverschrijdende fusie) verloren gaat of na de grensoverschrijdende splitsing op een lager niveau plaatsvindt dan voor de grensoverschrijdende splitsing.

Mijn verwachting is dat bovenstaande twee overwegingen voorlopig nog geen brede steun zullen krijgen in de Raad van ministers van de Europese Unie. Een geharmoniseerd systeem van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap zal eveneens voorafgegaan worden door een lang besluitvormingsproces en wellicht zal bij lidstaten in de huidige tijdsgeest vrees bestaan voor een (te) grote invloed van de Europese Unie op de nationale wetgeving van de lidstaten, zeker waar die invloed plaatsvindt op het terrein van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap.

Een liberale opvatting, inhoudende dat het niet onaanvaardbaar is als vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in het kader van een grensoverschrijdende splitsing verloren gaat of na de grensoverschrijdende splitsing op een lager niveau plaatsvindt dan voor de grensoverschrijdende splitsing, zal waarschijnlijk op nog minder steun kunnen rekenen. Juist is uit een in 2012 gehouden consultatie gebleken dat binnen de lidstaten van de EU bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap en verbetering van de bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap gewenst is.¹²³ Dat is ook nog eens naar voren gekomen in een ultimo 2012 gepubliceerd Actieplan van de Europese Commissie betreffende het Europese vennootschapsrecht.¹²⁴

De volgende vraag is hoe de toekomstige regelgeving omtrent bescherming van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing eruit zou moeten zien. Naar mijn mening verdient een regeling op unieniveau verreweg de voorkeur, omdat op die wijze het behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap effectief kan worden gewaarborgd. Behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap is niet eenvoudig te bereiken door het creëren van een conflictregel

123 Feedback Statement, Summary of the responses to the public consultation on the future of European company law, July 2012.

124 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzamere ondernemingen. Straatsburg 12 december 2012, COM (2012) 740.

inhoudende aanwijzing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, dan wel de verkrijgende vennootschap(en), dan wel beide. Bovendien wordt met een regeling op unieniveau tevens misbruik van grensoverschrijdende splitsing als alternatief voor grensoverschrijdende fusie tegengegaan. Deze reden lag ook ten grondslag aan de uitvaardiging van de Zesde richtlijn.¹²⁵

Gezien de verwantschap en de eenvormigheid met de regelgeving omtrent grensoverschrijdende fusie, lijkt het mij het meest voor de hand liggend bij de regels ter bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing aan te sluiten bij de regelgeving omtrent grensoverschrijdende fusie en dan met name bij artikel 16 Tiende richtlijn en Richtlijn 2001/86/EG. Hierbij zal onderkend moeten worden dat de regeling van artikel 16 Tiende richtlijn en Richtlijn 2001/86/EG een aantal imperfecties vertoont en zelfs een belemmering kan zijn bij de uitvoering van een grensoverschrijdende fusie. Diezelfde belemmering zou kunnen optreden bij grensoverschrijdende splitsing. Uit de imperfecties en de opgedane ervaringen met artikel 16 Tiende richtlijn en Richtlijn 2001/86/EG bij grensoverschrijdende fusie¹²⁶ zouden lessen kunnen worden getrokken en de conclusies die hieruit volgen kunnen naar mijn mening direct mutatis mutandis toegepast worden op regelgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing.

Uitgaande van analoge toepassing van de basisbeginselen van artikel 16 Tiende richtlijn en Richtlijn 2001/86/EG, leidt dit naar mijn mening tot de volgende regels betreffende vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing:

1. In principe geldt de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van het recht dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap, tenzij:
2. Bij de splitsende vennootschap in de zes maanden voorafgaande aan de neerlegging van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing meer dan vijfhonderd werknemers werkzaam zijn en de splitsende vennootschap een vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent, dan wel:
 - 2.1 Na de splitsing in één of meerdere verkrijgende vennootschappen vennootschapsrechtelijke medezeggenschap op een lager niveau plaatsvindt dan voor de grensoverschrijdende splitsing het geval was, of
 - 2.2 De regeling omtrent vennootschapsrechtelijke medezeggenschap geen extraterritoriale werking heeft in die zin dat deze ook ziet op werknemers van filialen in andere lidstaten van de vennootschap.

In de gevallen als bedoeld onder (2), zal in beginsel onderhandeld moeten worden over de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap.

¹²⁵ Zie artikel 21 lid 1 van het Voorstel voor een Derde richtlijn, ingediend door de Commissie bij de Raad op 16 juni 1970, PbEG C89/20 en Nota nr. 1296/77 (ES 101), 15 november 1977.

¹²⁶ Reeds in 2012 had de Europese Commissie de Tiende richtlijn moeten onderzoeken in het licht van de ervaring die met de toepassing ervan is opgedaan (artikel 18 Tiende richtlijn). Eerst in de tweede helft van 2013 verscheen de 'Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Services'.

Daartoe zal een Bijzondere Onderhandelingsgroep (BOG) geformeerd moeten worden, bestaande uit de werknemers die na de splitsing werkzaam zullen zijn bij de betreffende verkrijgende vennootschap, mede omvattende de reeds werkzame werknemers van de verkrijgende vennootschap indien die vennootschap reeds bestaat.

Bestaat de verkrijgende vennootschap reeds, dan kan de BOG onderhandelen met het bestuur van die verkrijgende vennootschap, wordt de verkrijgende vennootschap in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw opgericht, dan zullen de onderhandelingen kunnen plaatsvinden tussen de BOG en het bestuur van de splitsende vennootschap namens de in het kader van de grensoverschrijdende splitsing op te richten verkrijgende vennootschap. De BOG moet kunnen afzien van het voeren van onderhandelingen, met als resultaat dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap geldt. Het bestuur moet eveneens de mogelijkheid hebben af te zien van onderhandelingen, met als resultaat dat de referentievoorschriften als bedoeld in Richtlijn 2001/86/EG van toepassing zijn. Tevens zal gesanctioneerd moeten worden dat de onderhandelingen opnieuw moeten worden gestart indien binnen drie jaren na het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing een nationale of grensoverschrijdende fusie of splitsing wordt uitgevoerd. Dat zou in lijn zijn met artikel 16 lid 7 Tiende richtlijn.

Zo lang de Europese wetgever geen initiatieven ontplooit met betrekking tot wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing, zou, zoals al eerder gememoreerd, de Nederlandse wetgever zelf regels kunnen ontwerpen. De Nederlandse wetgever heeft daar, zo lang er nog geen Europese wetgeving is omtrent grensoverschrijdende splitsing, de bevoegdheid toe.

Bij het ontwerp van een regeling op nationale grondslag komt de moeilijkheid aan de orde dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing uiterst moeilijk gewaarborgd kan worden. Dit doet zich vooral voor wanneer een door Nederlands recht beheerste vennootschap met vennootschapsrechtelijke medezeggenschap grensoverschrijdend splitst en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap niet voorziet in enige vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap of slechts voorziet in vennootschapsrechtelijke medezeggenschap op een lager niveau. De Nederlandse wetgever kan in dat geval moeilijk regels opnemen ter waarborging van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. Dat probleem speelt eveneens bij een regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting op nationale grondslag, waar de Commissie Vennootschapsrecht in 2012 een pre-wetsvoorstel voor maakte. In dat pre-wetsvoorstel is ervoor gekozen de grensoverschrijdende omzetting niet toe te staan, tenzij de voorgestelde statuten van de vennootschap zoals die na de grensoverschrijdende omzetting zullen luiden voorzien in enige vorm van medezeggenschap. Het uitsluiten van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing gaat mij echter te ver, omdat daarmee de vrijheid van vestiging al te veel wordt beperkt.

Het behoud van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing is geheel afhankelijk van de genegenheid van het

recht van de inbound-lidstaat het behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap toe te staan. Bij een – vanuit Nederlands perspectief – inbound grensoverschrijdende splitsing zou de Nederlandse wetgever een liberale positie kunnen innemen en toestaan dat de statuten van de verkrijgende Nederlandse vennootschap een vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kennen – hetgeen al mogelijk is in het Nederlandse recht.

7.7 De rol van de autoriteiten bij grensoverschrijdende splitsing

7.7.1 Inleiding

Autoriteiten hebben een zeer belangrijke rol bij splitsing, niet alleen bij nationale splitsing maar ook bij grensoverschrijdende splitsing. De Zesde richtlijn gaat in artikel 14 uit van het principe dat bij een splitsing toezicht wordt uitgeoefend door een autoriteit op de procedure tot splitsing. Artikel 14 Zesde richtlijn schrijft voor dat indien de wetgeving van een lidstaat voor splitsingen geen preventief toezicht door de overheid of de rechter op de rechtmatigheid van de splitsing voorschrijft of indien zodanig toezicht niet op alle voor de splitsing noodzakelijke rechtshandelingen betrekking heeft, artikel 16 van Richtlijn 2011/35/EU van toepassing is. Krachtens de analoge toepassing van dat artikel moeten, indien de wetgeving van een lidstaat geen preventief toezicht door de overheid of rechter op de rechtmatigheid van de splitsing voorschrijft of indien zodanig toezicht niet op alle voor de splitsing noodzakelijke rechtshandelingen betrekking heeft, de notulen van de algemene vergaderingen waarin tot de splitsing wordt besloten en, in voorkomend geval, de na deze algemene vergaderingen te sluiten overeenkomst tot splitsing, bij authentieke akte worden verleden. In de gevallen waarin de splitsing niet behoeft te worden goedgekeurd door de algemene vergaderingen van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen, moet het voorstel tot splitsing bij authentieke akte worden verleden.

Naast artikel 14 Zesde richtlijn gelden geen regels op unieniveau betreffende het toezicht op de rechtmatigheid van (de procedure tot en rechtmatigheid van) splitsing. Lidstaten hebben daarom een grote vrijheid het toezicht zelf vorm te geven.

In het vervolg zal eerst worden stilgestaan bij de rol van de autoriteiten bij grensoverschrijdende fusie, gevolgd door de rol van de autoriteiten bij grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging. Daarna zal aandacht worden geschonken aan de rol van de autoriteiten bij grensoverschrijdende splitsing in de Finse en Deense wetgeving en de heersende opvatting in het Duitse recht. Ten slotte volgen conclusies en aanbevelingen.

7.7.2 De rol van autoriteiten bij grensoverschrijdende fusie

De vrijheid die lidstaten hebben de rol van de autoriteiten te bepalen bij juridische splitsing, hebben lidstaten ook bij juridische fusie (artikel 16 Richtlijn 2011/35/EU). Omdat deze vrijheid voor lidstaten kan leiden tot problemen bij grensoverschrijdende fusie, voorziet de Tiende richtlijn in artikel 10 en artikel 11 in enerzijds conflictregels betreffende de bevoegde autoriteiten bij grensoverschrijdende fusie en anderzijds regels van materieel recht betreffende de rol van autoriteiten bij grensoverschrijdende fusie.

De conflictregel is hierin gelegen dat (i) elke lidstaat een rechter, notaris of andere bevoegde instantie moet aanwijzen om toezicht uit te oefenen op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie wat het gedeelte van de procedure betreft dat betrekking heeft op elke fuserende vennootschap die onder zijn nationale wetgeving ressorteert (artikel 10 lid 1 Tiende richtlijn) – bij een inbound- en een outbound-grensoverschrijdende fusie – en (ii) elke lidstaat een rechter, notaris of andere instantie aanwijst die bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie wat het gedeelte van de procedure betreft dat betrekking heeft op de verwezenlijking van de grensoverschrijdende fusie – bij een inbound-grensoverschrijdende fusie – en, in voorkomend geval, de oprichting van een nieuwe uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap wanneer de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap onder zijn nationale wetgeving ressorteert (artikel 11 lid 1 Tiende richtlijn). Dat laatste geldt uiteraard alleen bij een inbound-grensoverschrijdende fusie.

De regel van materieel recht is hierin gelegen dat (i) in elke betrokken lidstaat de aangewezen instantie aan elke fuserende vennootschap die onder de nationale wetgeving van de betrokken lidstaat ressorteert, een attest afgeeft waaruit afdoende blijkt dat de aan de fusie voorafgaande handelingen en formaliteiten correct zijn verricht – zowel bij een inbound- als outbound-grensoverschrijdende fusie – (artikel 10 lid 2 Tiende richtlijn) en (ii) de aangewezen instantie in de inbound-lidstaat zich er met name van vergewist dat de fuserende vennootschappen gemeenschappelijke voorstellen voor een grensoverschrijdende fusie van gelijke strekking hebben goedgekeurd en, in voorkomend geval, de regelingen met betrekking tot het medezeggenschap van de werknemers zijn vastgesteld overeenkomstig artikel 16 Tiende richtlijn en toeziet op de oprichting van een nieuwe vennootschap.

7.7.3 De rol van autoriteiten bij een grensoverschrijdende splitsing

Bij de bepaling van de rol van de autoriteiten bij een grensoverschrijdende splitsing moet in het oog worden gehouden dat (i) de rol van autoriteiten bij nationale splitsing niet geharmoniseerd is en (ii) de lidstaten een grote vrijheid hebben de rol van de autoriteiten te bepalen. Bij cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en), kan een bepaalde overlap of leemte ontstaan

tussen de taken van de autoriteiten van de outbound-lidstaat en de autoriteiten van de inbound-lidstaat. De vraag is echter hoe groot die overlap of leemte is als voor iedere vennootschap de regels van het op die vennootschap toepasselijke recht worden toegepast.

Bij een grensoverschrijdende splitsing moet in het oog worden gehouden dat de autoriteit in de inbound-lidstaat geen oordeel kan vellen over de rechtmatigheid van de procedure tot grensoverschrijdende splitsing ten aanzien van de splitsende vennootschap in de outbound-lidstaat. Niet alleen zal de autoriteit in de inbound-lidstaat daar niet toe bevoegd zijn, ook zal deze autoriteit daar in de meeste gevallen de kennis voor ontberen. De procedure tot grensoverschrijdende splitsing zal daarom, althans wat betreft het gedeelte van de procedure dat zich afspeelt in de outbound-lidstaat, onder de controle vallen van de autoriteit in de outbound-lidstaat.

Bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap kan de Nederlandse notaris toezicht uitoefenen op de procedure tot grensoverschrijdende splitsing. De Nederlandse notaris is immers bekend met de procedure tot nationale splitsing en in gevallen van nationale splitsing bevoegd de akte van splitsing te verlijden. Naar analogie met artikel 10 Tiende richtlijn en artikel 2:333i lid 2 BW kan de notaris in een attest verklaren dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die Afdeling 2.7.4. en 2.7.5. BW vereisen voor de deelneming van de door Nederlands recht beheerste vennootschap aan een grensoverschrijdende splitsing.

Tevens zou de notaris moeten verklaren dat de belangen van belanghebbenden voldoende zijn beschermd. Hij zou moeten verklaren dat de werknemers – en dan met name de positie van werknemers met vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de door Nederlands recht beheerste vennootschap – voldoende zijn beschermd. Daarnaast zou hij moeten verklaren dat de belangen van minderheidsaandeelhouders die tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd en de houders van stemrechtloze aandelen voldoende zijn beschermd in de vorm van één van de wijzen zoals beschreven in paragraaf 7.5. Ten slotte zou de notaris, naar analogie met het verlijden van de akte van nationale splitsing, slechts het attest kunnen afgeven indien geen verzet van crediteuren (meer) aanhangig is.¹²⁷

Bij nationale splitsing heeft de notaris, gelijk bij nationale fusie en grensoverschrijdende fusie, een ‘domeinmonopolie’. De wet schrijft in artikel 2:334n BW, respectievelijk artikel 2:318 BW, respectievelijk 2:333i lid 2 BW voor dat (slechts) de notaris bevoegd is tot het passeren van de daarin genoemde akten van splitsing en fusie, respectievelijk het afgeven van een attest bij grensoverschrijdende fusie. Wat betreft het verlijden van deze akten heeft de notaris een domeinmonopolie en omdat deze plichten voortvloeien uit het Burgerlijk Wetboek, moeten zij ambtshalve vervuld worden.¹²⁸ Het behoort tot de ministerieplicht in de zin van artikel 21

¹²⁷ Zie hierover tevens en uitgebreider ten aanzien van grensoverschrijdende fusie: Van Boxel 2007, p. 700 – 708.

¹²⁸ Melis 2003, p. 12.

Wet op het Notarisambt van de notaris de akte van splitsing of akte van fusie of de verklaring als bedoeld in artikel 2:333i BW te verlijden.

Wat betreft het afgeven van een attest bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing heeft de notaris (nog) geen domeinmonopolie die een basis heeft in het Burgerlijk Wetboek: de ambtshalve (ministerie)plicht een attest af te geven voor de deelneming van de door Nederlands recht beheerste vennootschap aan een grensoverschrijdende splitsing vloeit in ieder geval niet voort uit het Burgerlijk Wetboek. Van een ministerieplicht, voortvloeiend uit het Burgerlijk Wetboek is in ieder geval geen sprake. Wel zou het in strijd zijn met de vrijheid van vestiging wanneer door de weigering van de notaris in het algemeen mee te werken aan een grensoverschrijdende splitsing de grensoverschrijdende splitsing onmogelijk zou worden gemaakt of in het algemeen zou worden belemmerd. Naar mijn mening vloeit de ambtshalve ministerieplicht dan ook niet rechtstreeks voort uit het Burgerlijk Wetboek in dit geval, maar uit het Europese recht en dan met name artikel 49 en 54 VwEU. De betekenis van het woord 'wet' in de zin *'Het ambt van notaris houdt de bevoegdheid in om authentieke akten te verlijden in de gevallen waarin de wet dit aan hem opdraagt'* van artikel 2 lid 1 Wet op het notarisambt moet in dit geval naar mijn mening ruim worden uitgelegd, zodat onder 'wet' ook moet worden begrepen het geval waarin de basis voor het verlijden van een notariële akte niet direct is gelegen in een wet in formele zin, maar die basis – al dan niet gedeeltelijk – voortvloeit uit het Europese recht.

Het attest kan naar mijn mening worden afgegeven in iedere taal die de notaris verstaat. Het attest zou naar mijn mening ook in een andere taal dan het Nederlands kunnen worden afgegeven. Artikel 42 lid 1 Wet op het notarisambt zou daar echter naar de letter van de wet aan in de weg kunnen staan, omdat artikel 42 lid 1 Wet op het notarisambt slechts de mogelijkheid zou bieden notariële akten te verlijden in een andere taal dan het Nederlands indien partijen zulks verlangen.¹²⁹ Met name het – in de regel – ontbreken van partijen bij een attest staat volgens Van Boxel in de weg aan het afgeven van het attest in een andere taal dan het Nederlands, al ziet hij wel het nut in van een attest in een andere taal dan het Nederlands. Volgens Van Veen brengt een redelijke wetstoepassing mee dat het attest ook in het Engels of een andere taal kan worden opgesteld, mits de notaris die taal voldoende verstaat.¹³⁰

Bij een grensoverschrijdende splitsing is, net als bij een grensoverschrijdende fusie, de afgifte van een attest in een andere dan de Nederlandse taal zelfs voor de hand liggend, omdat de bestuurders van de verkrijgende vennootschap(en) en de autoriteit(en) in de inbound-lidstaat zullen moeten kunnen begrijpen wat de inhoud van het attest is. Voor het overige verzet de Nederlandse wet zich niet tegen het opmaken van een attest in een andere taal dan het Nederlands: bij de afgifte van een attest wordt geen nieuwe vennootschap opgericht en worden geen statuten van de verkrijgende vennootschap(en) gewijzigd. Indien echter de statuten van de

¹²⁹ Van Boxel 2011, p. 183.

¹³⁰ Van Veen, *'GS Rechtspersonen'*, art. 2:333i BW, aant. 2.2.

splitsende vennootschap in het kader van de grensoverschrijdende splitsing worden gewijzigd, zullen uiteraard die nieuwe statuten wel in het Nederlands moeten luiden.

Bij nationale splitsing bepaalt artikel 2:334n lid 1 BW dat de akte van splitsing slechts mag worden verleden binnen zes maanden na de aankondiging van de nederlegging of openbaarmaking van het voorstel tot splitsing. Dit vereiste vloeit niet voort uit de Zesde richtlijn, maar is opgenomen in de Nederlandse wetgeving met als achterliggende gedachte dat het onwenselijk is wanneer jaren wordt gewacht met het passeren van de akte van splitsing, omdat belanghebbenden zich een oordeel moeten kunnen vormen over de voorgenomen splitsing op basis van recente gegevens.¹³¹ Naar mijn mening speelt de termijn van zes maanden waarbinnen de akte van splitsing slechts mag worden verleden ook een rol bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing. Dat betekent naar mijn mening dat een attest van een Nederlands notaris slechts mag (of beter: kan) worden afgegeven binnen zes maanden na de aankondiging van de nederlegging of openbaarmaking van het voorstel tot splitsing.

Bij een inbound-grensoverschrijdende splitsing zal de autoriteit in de inbound-lidstaat toezicht moeten uitoefenen op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing. Naar analogie met artikel 11 Tiende richtlijn zal die autoriteit toezicht moeten uitoefenen op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing wat betreft het gedeelte van de procedure dat betrekking heeft op de verwezenlijking van de grensoverschrijdende splitsing en eventueel de oprichting van een nieuwe vennootschap, indien die vennootschap ressorteert onder het recht van de inbound-lidstaat.

In het Nederlandse recht is artikel 11 Tiende richtlijn geïmplementeerd in artikel 2:318 BW en artikel 2:333i BW. Dat betekent dat bij een inbound-grensoverschrijdende fusie de notaris moet verklaren dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die de afdelingen 2, 3 en 3a van Titel 2.7. BW en de statuten vereisen voor de deelneming van de vennootschap aan de grensoverschrijdende fusie en dat voor het overige de daarvoor in deze afdelingen gegeven voorschriften zijn nageleefd (artikel 2:333i lid 3 BW). Daarnaast moet de notaris de akte van (grensoverschrijdende) fusie passeren, inclusief de daarbij horende voetverklaring (artikel 2:318 BW).

Naar mijn mening moet bij een inbound-grensoverschrijdende splitsing de Nederlandse notaris toezicht uitoefenen op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing wat betreft het gedeelte van de procedure dat betrekking heeft op de verwezenlijking van de grensoverschrijdende splitsing en eventueel de oprichting van een nieuwe vennootschap. De autoriteit in de outbound-lidstaat kan dat immers moeilijk doen: die autoriteit is daartoe niet bevoegd en zal hoogstwaarschijnlijk de kennis daartoe ontberen. De notaris zal bij het passeren van de akte van grensoverschrijdende splitsing moeten nagaan dat (i) hem is

¹³¹ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 16, *Kamerstukken II*, 1983-1984, 18 285, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 12.

gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die Afdeling 2.7.4 BW en 2.7.5. BW en de statuten voor het tot stand komen van de splitsing vereisen en dat voor het overige de daarvoor in Afdeling 2.7.4 BW en 2.7.5. BW en in de statuten gegeven voorschriften zijn nageleefd en (ii) dat door de partijen bij de splitsing op hetzelfde voorstel tot grensoverschrijdende splitsing is beslist.

Dat, althans vanuit Nederlands perspectief, alleen de notaris de aangewezen autoriteit is om toezicht uit te oefenen op de rechtmatigheid van de – vanuit Nederlands perspectief – inbound-grensoverschrijdende splitsing wat betreft het gedeelte van de procedure dat betrekking heeft op de verwezenlijking van de grensoverschrijdende splitsing, is ook logisch wanneer bij een grensoverschrijdende splitsing een nieuwe, door Nederlands recht beheerste vennootschap wordt opgericht. Een door Nederlands recht beheerste vennootschap kan immers niet ontstaan zonder een door een notaris ondertekende akte (artikel 2:4 lid 1 BW).

Bij de grensoverschrijdende splitsing waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap wordt opgericht, dringt zich de vergelijking op met grensoverschrijdende fusie waarbij een nieuwe vennootschap wordt opgericht naar het recht van een derde staat (i.e. een staat waarvan het recht van een andere staat van toepassing is dan het recht van de staten dat van toepassing is op de vennootschappen die in het kader van de grensoverschrijdende fusie ophouden te bestaan). Nederland staat deze vorm van grensoverschrijdende fusie expliciet toe in artikel 2:333c lid 1 BW. Ook deze vorm van grensoverschrijdende fusie waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap wordt opgericht, valt onder het algemene toezicht van de Nederlandse notaris bij oprichting.¹³² Dat is naar mijn mening bij grensoverschrijdende splitsing waarbij een nieuwe, verkrijgende vennootschap wordt opgericht niet anders.

Bovendien is de uitoefening van toezicht op een inbound-grensoverschrijdende splitsing en oprichting van een nieuwe vennootschap door de Nederlandse notaris geheel in lijn met het EU-recht. In het Vale-arrest heeft het Hof van Justitie van de EU nog eens bevestigd hetgeen het al eerder heeft overwogen in het Daily Mail-arrest en het Cartesio-arrest, namelijk dat ‘een op grond van een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap enkel bestaat krachtens de nationale wetgeving, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepaalt’.¹³³ Een door Nederlands recht beheerste vennootschap kan niet ontstaan en bestaan zonder een door een notaris ondertekende akte. Dat betekent ook dat, indien een nieuwe, door Nederlands recht beheerste vennootschap in het kader van een grensoverschrijdende splitsing wordt

132 Van Boxel 2011, p. 193, 194.

133 HvJ EG 27 september 1988, *The Queen tegen H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, Zaak 81/87, Jur. 1988 p. 05483, r.o. 19, HvJ EG 16 december 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, Zaak C-210/06, Jur. 2008, p. I-09641, r.o. 104, HvJ EU 12 juli 2012, *Vale Építési kft.*, verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság - Hongarije, Zaak C-378/10, Jur. 2012, p. 00000, r.o. 27.

opgericht, deze slechts kan worden opgericht en bestaan door middel van een ten overstaan van een Nederlandse notaris verleden notariële akte.

Gelijk bij een Nederlandse, nationale splitsing waarbij een verkrijgende vennootschap nieuw wordt opgericht, zal deze bij een grensoverschrijdende splitsing worden opgericht door de splitsende vennootschap of vennootschappen. De splitsende vennootschap is partij bij de akte van splitsing en richt de verkrijgende vennootschap of vennootschappen op. De nieuw opgerichte, door Nederlands recht beheerste vennootschap is geen partij bij de akte van splitsing, omdat die vennootschap nog niet bestaat (artikel 2:334a lid 4 BW).

De akte van splitsing kan naar mijn mening in iedere taal luiden, mits de notaris deze taal verstaat.¹³⁴ Artikel 35 Wet beëdigde vertalers is naar mijn mening niet van toepassing. Krachtens artikel 35 Wet beëdigde vertalers moet slechts van stukken of opgaven die in een vreemde taal zijn gesteld en krachtens wettelijk voorschrift in openbare registers moeten worden *ingeschreven*, een getrouwe vertaling in het Nederlands worden gevoegd, vervaardigd en voor overeenstemmend verklaard door een voor die brontaal beëdigde vertaler. Artikel 2:334n lid 3 BW bepaalt slechts dat de *splitsing* – i.e. het rechtsfeit – moet worden ingeschreven en bepaalt daarnaast uitdrukkelijk dat een afschrift van de akte van splitsing moet worden *neergelegd*. Ten aanzien van neer te leggen documenten geldt artikel 35 Wet beëdigde vertalers niet. Dit alles neemt echter niet weg dat, indien in het kader van de grensoverschrijdende splitsing een nieuwe vennootschap wordt opgericht of de statuten van de verkrijgende vennootschap in het kader van de grensoverschrijdende splitsing worden gewijzigd, in ieder geval de statuten in het Nederlands moeten worden opgesteld (artikel 2:65/2:176 en artikel 2:124/2:234 lid 1 BW).

7.7.4 De rol van de autoriteiten bij grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief

7.7.4.1 De Finse benadering

In het Finse recht heeft de notaris geen rol bij de procedure tot en de effectuering van grensoverschrijdende juridische fusies en splitsingen. In geval van een – vanuit Fins perspectief – outbound-grensoverschrijdende splitsing verzoekt de door Fins recht beheerste vennootschap toestemming aan het handelsregister de grensoverschrijdende splitsing uit te voeren (Section 25 paragraph 1 Osakeyhtiölaki). Dat verzoek moet worden ingediend binnen zes maanden na het besluit tot grensoverschrijdende splitsing. Voorwaarden voor toestemming voor de grensoverschrijdende splitsing zijn dat (i) de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap(en) die wordt of worden beheerst door het recht van een andere staat, het uittreedrecht van minderheidsaandeelhouders van de door Fins recht beheerste

¹³⁴ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 216.

vennootschap accepteert of accepteren en (ii) het handelsregister voldoende zekerheid heeft dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap is beschermd conform artikel 16 Tiende richtlijn (Section 25 paragraph 2 Osakeyhtiölaki). Indien voldaan is aan deze voorwaarden, zal het handelsregister een attest afgeven waarin toestemming wordt verleend tot grensoverschrijdende splitsing van de door Fins recht beheerste vennootschap (Section 25 paragraph 4 Osakeyhtiölaki).

Bij een – vanuit Fins perspectief – inbound grensoverschrijdende splitsing moeten de partijen bij de splitsing de grensoverschrijdende splitsing ter inschrijving aanbieden binnen zes maanden gerekend vanaf het besluit tot splitsing door de door Fins recht beheerste vennootschappen die partij zijn bij de grensoverschrijdende splitsing en na verkrijging van een attest, afgegeven door de daartoe bevoegde autoriteit van de outbound-lidstaat (Section 24 paragraph 1 Osakeyhtiölaki). Als vereiste voor inschrijving van de grensoverschrijdende splitsing stelt het Finse recht dat (i) de buitenlandse vennootschap het recht op schadeloosstelling voor minderheidsaandeelhouders accepteert, (ii) de regels met betrekking tot de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap zijn nageleefd, (iii) alle vennootschappen betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing hetzelfde voorstel tot grensoverschrijdende splitsing hebben goedgekeurd en (iv) dat het Finse handelsregister een attest van een ter zake bevoegde buitenlandse autoriteit heeft ontvangen (Section 24 paragraph 2 Osakeyhtiölaki).

7.7.4.2 De Deense benadering

In het Deense recht heeft de notaris geen rol bij de procedure tot en de effectuering van grensoverschrijdende juridische fusies en splitsingen. In geval van een – vanuit Deens perspectief – outbound-grensoverschrijdende splitsing geeft het Deense handelsregister (de Commerce and Companies Agency) een attest af nadat verzocht is de grensoverschrijdende splitsing in te schrijven en nadat geverifieerd is of aan alle handelingen en formaliteiten noodzakelijk voorafgaande aan de splitsing is voldaan (§ 309 lid 1 Danish Companies Act). Het attest wordt zo spoedig mogelijk afgegeven nadat (i) de door Deens recht beheerste vennootschappen hebben besloten tot grensoverschrijdende splitsing, (ii) de claims van crediteuren zijn voldaan, (iii) de claims van aandeelhouders wegens een onredelijke ruilverhouding zijn voldaan, (iv) de claims van aandeelhouders die gebruik maken van hun recht op schadeloosstelling zijn voldaan, (v) voldaan is aan de vereisten van Deens recht inhoudende de aanwijzing van bestuur en een accountant en (vi) een regeling is getroffen ter behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap.

Bij een – vanuit Deens perspectief – inbound grensoverschrijdende splitsing wordt de grensoverschrijdende splitsing ingeschreven in het handelsregister en wordt daarmee van kracht (§ 308 lid 1 Danish Companies Act) (zie verder paragraaf 7.8.4.2.). De grensoverschrijdende splitsing moet ter inschrijving worden aangeboden binnen de termijn waarin het jaarverslag moet worden openbaar

gemaakt voor de periode waarin de grensoverschrijdende splitsing boekhoudkundig van kracht is geworden, maar in ieder geval niet later dan één jaar na de publicatie door het handelsregister dat het handelsregister het voorstel tot splitsing heeft ontvangen. Ook in het Deense recht geldt dus, net als in het Nederlandse recht, een bepaalde termijn waarbinnen de autoriteiten hun taken kunnen verrichten en waarbinnen de (grensoverschrijdende) splitsing van kracht moet worden. Bijzonder is dat het Deense recht ook eisen stelt aan het attest van een buitenlandse autoriteit. Het Deense recht schrijft voor dat (i) een buitenlandse autoriteit een attest moet afgeven aan het Deense handelsregister, inhoudende dat aan alle noodzakelijke voorafgaande formaliteiten is voldaan en alle voorafgaande handelingen zijn verricht en dat deze autoriteit zorg zal dragen voor inschrijving van de grensoverschrijdende splitsing na een kennisgeving van het Deense handelsregister (§ 309 lid 2 Danish Companies Act).

7.7.4.3 De Duitse benadering

In het Duitse Voorstel van de Spezialkommission für Internationales Gesellschaftsrecht zijn geen regels te vinden over de rol van autoriteiten bij een grensoverschrijdende splitsing of grensoverschrijdende fusie. Wellicht heeft dat te maken met het feit dat de ter zake bevoegde autoriteit bij fusie en splitsing in Duitsland het Registergericht is (§ 16 lid 2 Umwandlungsgesetz) en dat krachtens het Duitse recht fusies en splitsingen met de inschrijving van kracht worden § 20, § 131 Umwandlungsgesetz).

In de dissertatie van Prüm is eveneens geen informatie te vinden over conflictregels betreffende de bevoegde autoriteit bij een grensoverschrijdende splitsing. Lennerz daarentegen schrijft daar wel over. Volgens haar wordt bij grensoverschrijdende splitsing conflictenrechtelijk aangesloten bij het recht van de staat waaronder de betrokken vennootschap ressorteert.¹³⁵ De betreffende autoriteit in iedere lidstaat zal alleen kunnen en mogen toezien op de rechtshandelingen en formaliteiten waaraan de betreffende vennootschap krachtens het op die vennootschap toepasselijke recht moet voldoen voor deelname aan een grensoverschrijdende splitsing.

7.7.5 Conclusies en aanbevelingen

Bij een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging wordt naar mijn mening het toezicht op de procedure tot en de effectuering van de grensoverschrijdende splitsing uitgeoefend door de autoriteit die daartoe bevoegd is krachtens het recht van de staat dat van toepassing is op de betreffende – splitsende, dan wel verkrijgende – vennootschap. Dit leidt tot de conclusie dat bij de vraag welke autoriteit bevoegd is, *gedifferentieerd cumulatief* moet worden aangeknoopt bij het recht van de staten dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende

¹³⁵ Lennerz 2001, p. 260.

splitsing betrokken vennootschappen. Voor iedere vennootschap afzonderlijk moet het toepasselijke recht worden toegepast.

Gedifferentieerd cumulatieve aanknopng heeft als resultaat dat de Nederlandse notaris toezicht uitoefent op de rechtmatigheid van de procedure tot grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap – bij een vanuit Nederlands perspectief outbound-grensoverschrijdende splitsing – en op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing en de eventuele oprichting van een nieuwe vennootschap – bij een vanuit Nederlands perspectief inbound-grensoverschrijdende splitsing. Vanuit Nederlands oogpunt is de Nederlandse notaris naar mijn mening ook het beste toegerust op deze taak: hij heeft immers kennis van de procedure tot nationale splitsing en is ook bij grensoverschrijdende fusie bevoegd een attest af te geven – bij een outbound-grensoverschrijdende fusie – en de akte van grensoverschrijdende fusie te verlijden – bij een inbound-grensoverschrijdende fusie. De plicht van een notaris mee te werken aan een grensoverschrijdende splitsing vloeit weliswaar niet rechtstreeks voort uit een nationale wet in formele zin, maar wel uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

In toekomstige wetgeving op unieniveau zouden naar mijn mening regels moeten worden opgenomen omtrent (i) de bevoegde autoriteit bij grensoverschrijdende splitsing en (ii) de taken van deze bevoegde autoriteit, gelijk als in artikel 10 en artikel 11 Tiende richtlijn. Die regels zouden de lidstaten de vrijheid moeten bieden zelf een autoriteit aan te wijzen. Daardoor kan een consistente benadering worden gevolgd, die aansluit bij enerzijds het kader dat thans bestaat in Richtlijn 2011/35/EU, de Tiende richtlijn en de Zesde richtlijn en anderzijds bij de reeds bestaande wetgevingen van alle lidstaten. In het Nederlandse recht zou naar mijn mening de notaris de aangewezen autoriteit moeten zijn, omdat de Nederlandse notaris ook al bevoegd is de akte van (grensoverschrijdende) fusie en splitsing te verlijden, inclusief de eventuele oprichting van een nieuwe vennootschap in dat kader.

Wat betreft de taken van de autoriteiten, zou een unierechtelijk kader gelijk aan artikel 10 en artikel 11 Tiende richtlijn volstaan, op basis waarvan de autoriteit in de outbound-lidstaat een attest moet afgeven en de autoriteit in de inbound-lidstaat moet toezien op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing en de eventuele oprichting van een nieuwe vennootschap in dat kader. Het behoort tot de taken van de lidstaten zelf te bepalen wanneer de autoriteit een attest kan afgeven of het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing kan voltooien. Zo ligt het voor de hand en is het aan te bevelen dat de Nederlandse notaris het attest slechts kan afgeven wanneer de (i) de belangen van de minderheidsaandeelhouders die tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd en de houders van stemrechtloze aandelen zijn beschermd – in de vorm van een recht op schadeloosstelling die hetzij wordt voldaan door de splitsende vennootschap, hetzij door de verkrijgende vennootschap –, (ii) de verzettermijn van crediteuren is afgelopen en de crediteuren geen verzet hebben aangetekend, dan wel dat een verlangde waarborg is gegeven en het verzet is opgeheven en/of ongegrond verklaard en (iii) de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap is gewaarborgd.

Naar mijn mening zou op unieniveau dwingend bepaald moeten worden dat de autoriteiten slechts gedurende een bepaalde termijn – bijvoorbeeld na afloop van de aankondiging dat het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing en aanverwante documenten openbaar zijn gemaakt – hun taken kunnen verrichten. Een dergelijke termijn is niet alleen opgenomen in het Nederlandse recht betreffende nationale splitsing, ook het Finse recht en het Deense recht bevatten een gelijksoortige termijn.

De termijn van zes maanden in het Nederlandse recht in artikel 2:334n lid 1 BW is relatief arbitrair gekozen en zou niet per se moeten gelden bij een grensoverschrijdende splitsing. Een termijn waarbinnen de grensoverschrijdende splitsing moet worden geïmplementeerd heeft wel twee belangrijke functies. Enerzijds zorgt het ervoor dat de uiteindelijke implementatie van de splitsing niet te ver in de toekomst ligt van het moment van het besluit tot grensoverschrijdende splitsing. Daarmee blijven wijzigingen in de omstandigheden waaronder het besluit tot grensoverschrijdende splitsing is genomen nog enigszins beperkt. Anderzijds komt het de rechtszekerheid in het algemeen ten goede wanneer de periode waarin de grensoverschrijdende splitsing geïmplementeerd kan worden beperkt is. Crediteuren en (minderheids)aandeelhouders hebben dan op een bepaald moment zekerheid of een grensoverschrijdende splitsing wel of niet doorgang zal vinden.¹³⁶

7.8 Het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing

7.8.1 Inleiding

Nationale splitsingen worden van kracht op het moment zoals is bepaald in het nationale recht van iedere lidstaat. De lidstaten hebben grote vrijheid te bepalen op welk moment de juridische splitsing van kracht wordt (artikel 15 Zesde Richtlijn). In het Nederlandse recht is de datum waarop de notariële akte wordt verleden bepalend: de splitsing wordt van kracht met ingang van de dag volgend op het verlijden van de akte van splitsing (artikel 2:334n lid 1 BW). In andere lidstaten, zoals in Duitsland, is het moment van inschrijving in het handelsregister bepalend voor het moment waarop de splitsing van kracht wordt.¹³⁷

In sommige lidstaten is het, in tegenstelling tot in Nederland, eveneens mogelijk het van kracht worden van de splitsing afhankelijk te stellen van een voorwaarde of tijdsbepaling.¹³⁸ In deze paragraaf zal stilgestaan worden bij het van kracht worden

136 Zie tevens Roelofs en Van Eck 2013-II, p. 317.

137 Zie § 125 jo. § 20 Umwandlungsgesetz (Duitsland).

138 Koster heeft in zijn dissertatie aanbevolen dat de Nederlandse wetgeving wordt gewijzigd, zodat een splitsing ook onder voorwaarde of tijdsbepaling van kracht kan worden. Zie hierover: Koster 2009, p. 349.

van een grensoverschrijdende fusie, het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing en het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing in het Finse en het Deense recht en de benadering ten aanzien van deze materie in het Duitse recht. Aandacht zal worden besteed aan het juridisch van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing en het economisch en boekhoudkundig van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing.

7.8.2 Het van kracht worden van een grensoverschrijdende fusie

De Tiende richtlijn bepaalt dwingend dat een grensoverschrijdende fusie juridisch van kracht wordt op de datum die bepaald is in het recht waaronder de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap ressorteert, met dien verstande dat de datum van het (juridisch) van kracht worden moet vallen nadat alle controles op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie zijn uitgevoerd (artikel 12 Tiende Richtlijn). Deze regel kan worden gezien als een conflictregel die het recht van de verkrijgende vennootschap aanwijst als het toepasselijke recht op het van kracht worden van de fusie.¹³⁹

Artikel 12 Tiende Richtlijn is in het Nederlandse recht geïmplementeerd in artikel 2:333i lid 1 BW. Indien bij de grensoverschrijdende fusie de verkrijgende vennootschap niet wordt beheerst door Nederlands recht maar door het recht van een andere lidstaat van de EU of de EER, wordt de grensoverschrijdende fusie van kracht op de wijze en de datum bepaald door het recht van het staat waar de verkrijgende vennootschap haar statutaire zetel heeft. De verwijzing naar de locatie van de statutaire zetel van de verkrijgende vennootschap sluit aan bij het in Nederland gehanteerde incorporatiestelsel.¹⁴⁰ Indien het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap de mogelijkheid biedt het van kracht worden van de fusie afhankelijk te stellen van een voorwaarde of tijdsbepaling, kan de grensoverschrijdende fusie waarbij de door Nederlands recht beheerste vennootschap ophoudt te bestaan onder voorwaarde of tijdsbepaling van kracht worden. Economisch en boekhoudkundig wordt de grensoverschrijdende fusie van kracht op de momenten die zijn bepaald in het voorstel tot grensoverschrijdende fusie (artikel 2:326 sub b BW en artikel 2:312 lid 2 sub f BW).

7.8.3 Het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing

Voor grensoverschrijdende splitsing bestaat een bepaling als artikel 12 Tiende richtlijn en artikel 2:333i lid 1 BW niet. Bij cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) kan dit leiden tot problemen, wanneer die

¹³⁹ Zaman, Van Eck en Roelofs 2009, p. 223.

¹⁴⁰ Zie voor de vraag of artikel 12 Tiende richtlijn wel juist geïmplementeerd is: Zaman, Van Eck en Roelofs, 2009, p. 223, 224.

rechtsstelsels verschillende tijdstippen kennen wat betreft het moment waarop een splitsing juridisch van kracht wordt. Dat de rechtsstelsels verschillende tijdstippen voor het juridisch van kracht worden van een splitsing kennen is zeer wel denkbaar, aangezien artikel 15 Zesde richtlijn op dit terrein geen volledige harmonisatie voorschrijft.

Bij de huidige stand van de wetgeving moet zo veel als mogelijk worden voorkomen dat de tijdstippen van inwerkingtreding – volgens het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en volgens het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) – afwijken van elkaar. Voorkomen moet worden dat de grensoverschrijdende splitsing reeds van kracht is volgens het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, terwijl de grensoverschrijdende splitsing nog niet van kracht is volgens het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en). In die situatie zou immers al wel een vermogensovergang hebben plaatsgevonden, terwijl de verkrijgende vennootschap(en) het vermogen nog niet heeft of hebben verkregen en nog geen aandelen heeft of hebben toegekend aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap. Evenzo moet de omgekeerde situatie, waarin de grensoverschrijdende splitsing reeds van kracht is volgens het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) maar nog niet volgens het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, voorkomen worden, omdat anders nog geen vermogensovergang heeft plaatsgevonden, maar wel reeds aandelen zijn toegekend aan de aandeelhouder(s) van de splitsende vennootschap.

Wat betreft het moment waarop de grensoverschrijdende splitsing economisch en boekhoudkundig van kracht wordt, kunnen bepalingen worden opgenomen in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing. Hierbij kan aangesloten worden bij de Tiende richtlijn, op basis waarvan dwingend voorgeschreven is dat in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing opgenomen moet worden (i) de datum vanaf welke de aandelen recht geven in de winst te delen (artikel 5 sub e Tiende richtlijn) en (ii) de datum vanaf welke de handelingen van de fuserende vennootschappen boekhoudkundig worden geacht voor rekening van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap te zijn verricht (artikel 5 sub f Tiende richtlijn).

Zowel wat betreft het economisch van kracht worden als het boekhoudkundig van kracht worden, kan naar mijn mening de grensoverschrijdende splitsing terugwerkende kracht hebben, mits dat is toegestaan krachtens het recht dat van toepassing is op alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen. Noch de Zesde richtlijn, noch Richtlijn 2011/35/EU, noch de Tiende richtlijn, noch de Nederlandse wetgeving verzet zich daartegen. Wat betreft het economisch en het boekhoudkundig van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing moet cumulatief worden aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en).

Wat betreft het moment waarop de grensoverschrijdende splitsing juridisch van kracht wordt, liggen de zaken minder eenvoudig dan bij het economisch en het

boekhoudkundig van kracht worden, temeer in de gevallen waarin het recht dat van toepassing is op één van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen geen mogelijkheden biedt de splitsing onder tijdsbepaling of voorwaarde van kracht te laten worden. Het is zeer belangrijk dat het moment waarop een grensoverschrijdende splitsing juridisch van kracht wordt voor alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen gelijk is. Dat moment is immers bepalend voor de overgang van het vermogen onder algemene titel en de toekenning van de aandelen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap.

Om te voorkomen dat de tijdstippen van het juridisch van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing krachtens het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en krachtens het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) van elkaar afwijken, moet bij een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging worden getracht de tijdstippen van inwerkingtreding zo veel als mogelijk naar elkaar toe te brengen.

Het Nederlandse recht schrijft dwingend voor dat splitsingen van kracht worden met ingang van de dag na het verlijden van de notariële akte. Een splitsing onder voorwaarde of tijdsbepaling is niet mogelijk op basis van artikel 2:334n BW. Hoewel beargumenteerd zou kunnen worden dat deze strikte regel van Nederlands recht de vrijheid van vestiging belemmert, zie ik geen mogelijkheid deze regel in het kader van een grensoverschrijdende splitsing soepeler toe te passen. Dat zou immers *contra legem* zijn.

De Zesde richtlijn bevat echter wel de mogelijkheid een splitsing onder voorwaarde of tijdsbepaling van kracht te laten worden. Wanneer het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) toelaat een splitsing onder voorwaarde of tijdsbepaling van kracht te laten worden, kan de splitsing afhankelijk worden gemaakt van de inwerkingtreding in Nederland en zo kan bewerkstelligd worden dat de tijdstippen van inwerkingtreding niet uiteen lopen. Bevat het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) echter geen mogelijkheid de inwerkingtreding van de splitsing afhankelijk te stellen van een voorwaarde of tijdsbepaling, dan zal in onderling overleg tussen de autoriteiten van de betrokken lidstaten het tijdstip van het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing gecoördineerd moeten worden zodat de splitsing op één moment van kracht wordt.

7.8.4 *Het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief*

7.8.4.1 De Finse benadering

Een nationale splitsing wordt krachtens het Finse recht van kracht wanneer de splitsing is ingeschreven door het handelsregister (Section 16 paragraph 1 Osakeyh-tiölaki). De Finse wetgeving bevat speciale bepalingen betreffende het van kracht

worden van een grensoverschrijdende splitsing (Section 26 paragraph 1 Osakeyhtiölaki). Section 26 paragraph 1 Osakeyhtiölaki verwijst terug naar de bepalingen betreffende nationale splitsing (Section 16 paragraph 1 Osakeyhtiölaki) voor het geval bij een nationale splitsing een door Fins recht beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap bij een grensoverschrijdende splitsing. Dat betekent dat, althans voor de door Fins recht beheerste verkrijgende vennootschap, een grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt op het moment van inschrijving van de grensoverschrijdende splitsing in het handelsregister. Voor de grensoverschrijdende splitsing waarbij de door Fins recht beheerste vennootschap grensoverschrijdend wordt gesplitst, bevat Section 16 paragraph 2 Osakeyhtiölaki een regel: een – vanuit Fins perspectief gezien – outbound-grensoverschrijdende splitsing wordt van kracht op het moment zoals bepaald in het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap. Bij een grensoverschrijdende zuivere splitsing bepaalt de Finse wetgeving dat de door Fins recht beheerste splitsende vennootschap ophoudt te bestaan wanneer de grensoverschrijdende splitsing van kracht is geworden met betrekking tot alle verkrijgende vennootschappen. Boekhoudkundig en economisch wordt een grensoverschrijdende splitsing van kracht op het moment als voorgesteld in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing (Section 21 paragraph 3 (4) Osakeyhtiölaki).

7.8.4.2 De Deense benadering

Krachtens het Deense recht wordt een nationale splitsing van kracht indien (i) door alle reeds bestaande vennootschappen betrokken bij de splitsing besloten is tot splitsing, (ii) de claims van crediteuren zijn voldaan, (iii) de claims van minderheidsaandeelhouders zijn voldaan en (iv), indien een nieuwe vennootschap wordt opgericht in het kader van een splitsing, een bestuur is benoemd en een accountant is aangewezen (§ 268 Danish Companies Act).

Het Deense recht bevat speciale bepalingen betreffende het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing. Indien één of meer verkrijgende vennootschappen bij de grensoverschrijdende splitsing worden beheerst door Deens recht – vanuit Deens perspectief een inbound-grensoverschrijdende splitsing –, zal het Deense handelsregister, na verkrijging van een attest voor iedere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap die niet wordt beheerst door Deens recht, de grensoverschrijdende splitsing met betrekking tot de door Deens recht beheerste vennootschappen inschrijven (§ 309 lid 3 Danish Companies Act). Indien één of meer verkrijgende vennootschappen bij de grensoverschrijdende splitsing niet worden beheerst door Deens recht – vanuit Deens perspectief een outbound-grensoverschrijdende splitsing – bepaalt § 309 lid 4 Danish Companies Act dat de grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt voor deze – door niet-Deens recht beheerste – vennootschappen op het moment dat het Deense handelsregister de grensoverschrijdende splitsing inschrijft.

7.8.4.3 De Duitse benadering

In het Voorstel van de Spezialkommission für Internationales Gesellschaftsrecht wordt, zowel in de Vorschlag für eine Regelung auf europäischer Ebene als in de Vorschlag für eine autonome deutsche Regelung im EGBGB voor het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing verwezen naar het van kracht worden van een grensoverschrijdende fusie. Uit dit Voorstel blijkt dat een grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt op het moment dat bepaald is in het recht van de staat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap.

Lennerz heeft verdedigd dat een grensoverschrijdende splitsing pas van kracht kan worden op het laatste moment – i.e. het moment dat het verst in de toekomst is gelegen – krachtens het recht van de staten dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen.¹⁴¹ De charme van deze benadering is dat hierbij alle regels van het recht van alle staten dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen zo veel als mogelijk gerespecteerd worden.

Prüm ziet verschillende momenten waarop een grensoverschrijdende splitsing van kracht kan worden: (i) het moment van inschrijving van de splitsing in het handelsregister van de verkrijgende vennootschap, (ii) het moment waarop het laatste besluit tot grensoverschrijdende splitsing genomen is of (iii) een door de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen te bepalen tijdstip. Prüm constateert dat bij een cumulatieve aanknoping bij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) een ongewenste cumulatie kan optreden. Een gedifferentieerd cumulatieve aanknoping leidt volgens hem evenmin tot een oplossing, omdat daarmee de grensoverschrijdende splitsing op verschillende momenten van kracht wordt. Prüm past daarom liever de regels van de Tiende richtlijn toe, waarbij een grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt op het moment dat is bepaald in het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, met dien verstande dat ten minste is voldaan aan alle formele vereisten die gesteld worden door het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen.¹⁴²

7.8.5 Conclusies en aanbevelingen

Bij grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging en bij cumulatieve toepassing van het op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen toepasselijke recht, kan een ongewenste cumulatie van regels ontstaan wat betreft het moment waarop een grensoverschrijdende splitsing juridisch van kracht wordt. De regels betreffende het van kracht worden

¹⁴¹ Lennerz 2001, p. 264.

¹⁴² Prüm 2006, p. 85.

van nationale splitsing van de lidstaten kunnen sterk uiteenlopen, omdat de Zesde richtlijn niet voorziet in enige harmonisatie op dit terrein.

Bij een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging zal daarom per geval een oplossing moeten worden gezocht om de grensoverschrijdende splitsing vanuit het perspectief van het recht van iedere lidstaat dat van toepassing is op alle bij de splitsing betrokken vennootschappen – de eventueel nieuw opgerichte vennootschap daaronder begrepen – op hetzelfde moment van kracht te laten worden. De striktheid van de wetgevingen van sommige lidstaten, zoals de Nederlandse, is hierbij niet behulpzaam.

Om tegemoet te komen aan bovengenoemde bezwaren zou een nieuwe regeling moeten worden ontworpen die enerzijds de wetgevingen van de lidstaten zo veel mogelijk onaangetaast laat – net als bij grensoverschrijdende fusie – en anderzijds ervoor zorgt dat een grensoverschrijdende splitsing op één moment van kracht wordt, zowel voor de splitsende vennootschap als voor de verkrijgende vennootschap(en). De regeling omtrent grensoverschrijdende fusie, waarbij op basis van artikel 12 Tiende richtlijn het recht van de staat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap wordt aangewezen wat betreft het moment van het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing, kan naar mijn mening niet worden gebruikt voor grensoverschrijdende splitsing. Toepassing van dat artikel leidt tot verschillende momenten waarop een grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt. Hierbij merk ik op dat deze regel wel toegepast kan worden indien er slechts één verkrijgende vennootschap is of alle verkrijgende vennootschappen worden beheerst door het recht van dezelfde staat. Het aanbrengen van een differentiatie per vorm van grensoverschrijdende (af)splitsing komt de uniformiteit van wetgeving echter naar mijn mening niet ten goede en zou moeten worden vermeden.

Uit de regels omtrent grensoverschrijdende splitsing in het Finse en het Deense recht en uit de Duitse literatuur zijn lessen te trekken wat betreft de eisen waaraan een regeling omtrent het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing zou moeten voldoen. Zo verwijst het Finse recht – mijn inziens niet geheel terecht – voor een inbound-grensoverschrijdende splitsing naar het Finse recht. Voor een outbound-grensoverschrijdende splitsing verwijst het Finse recht naar het recht van de staat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschappen. Dat heeft naar mijn mening als nadeel dat, bij een grensoverschrijdende splitsing met meerdere verkrijgende vennootschappen die worden beheerst door het recht van verschillende staten, de grensoverschrijdende splitsing voor de onderscheiden verkrijgende vennootschappen op onderscheiden momenten van kracht kan worden.

Het Deense recht verwijst voor een inbound-grensoverschrijdende splitsing naar het Deense recht, maar dat heeft als nadeel dat de splitsing op verschillende momenten van kracht kan worden, indien ook andere, door het recht van andere staten beheerste verkrijgende vennootschappen betrokken zijn bij de grensoverschrijdende splitsing. De oplossing die is opgenomen in het Voorstel van de Spezialkommission für Internationales Gesellschaftsrecht – aanwijzing van het

recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschappen wat betreft het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing – werkt evenmin naar behoren, aangezien ook bij die methode de grensoverschrijdende splitsing op verschillende momenten van kracht kan worden. De opvatting van Lennerz – inhoudende dat de grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt op het moment dat aan alle vereisten krachtens het recht dat van toepassing is op alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen voldaan is – doet weliswaar recht aan de vereisten die gesteld worden door het recht van alle betrokken staten, maar kan ook botsingen veroorzaken. Een dergelijke oplossing doet immers bijvoorbeeld nog niets af aan de strikte (en weinig flexibele) regel van artikel 2:334n lid 1 BW, op basis waarvan een splitsing vanuit Nederlands perspectief van kracht wordt met ingang van de dag die volgt op het verlijden van de notariële akte van splitsing. De door Prüm voorgestelde regeling biedt eveneens geen oplossing, omdat ook daarmee de grensoverschrijdende splitsing op verschillende momenten van kracht kan worden.

Dit alles overwegende, zie ik twee mogelijkheden om te voorkomen dat de grensoverschrijdende splitsing niet op verschillende momenten van kracht wordt. De eerste oplossing – en aanbeveling hiertoe – is de mogelijkheid te creëren dat een grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt op een door partijen aangewezen tijdstip. Nu de Zesde richtlijn niet voorziet in harmonisatie wat betreft het van kracht worden van nationale splitsing, kan die richtlijn ongewijzigd blijven. Lidstaten – waaronder Nederland – kunnen zelf bepalen dat een nationale of grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt na vervulling van een voorwaarde of tijdsbepaling. Om voor ondernemingen nog meer flexibiliteit te creëren, zou de Zesde richtlijn op dit punt ook dwingend kunnen worden gemaakt zodat lidstaten verplicht zijn toe te staan dat splitsingen van kracht kunnen worden onder een voorwaarde of tijdsbepaling.

De tweede oplossing – en aanbeveling hiertoe – is dat een toekomstige regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing een conflictregel bevat die het recht van de splitsende vennootschap aanwijst wat betreft het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing. Een grensoverschrijdende splitsing kent slechts één splitsende vennootschap en aanwijzing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap leidt dan ook altijd tot toepassing van het recht van één staat wat betreft het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing.

Uiteraard erken ik dat ook deze regel een botsing kan veroorzaken met het recht dat van toepassing is op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat een door Luxemburgs recht beheerste vennootschap grensoverschrijdende splitst en een door Nederlands recht beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap. Krachtens Luxemburgs recht wordt de splitsing van kracht op het moment dat voor alle bij de splitsing betrokken vennootschappen besluiten tot splitsing van gelijke aard zijn genomen (article 301 Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales), terwijl dan op zijn minst nog de Nederlandse notaris een rol heeft in het splitsingsproces. Om

aan dit manco van de eenduidige verwijzingsregel – inhoudende aanwijzing van het recht van de staat dat van toepassing is op de splitsende vennootschap wat betreft het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing – zou in een regeling tot grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moeten worden bepaald dat de splitsing van kracht wordt op de wijze en het moment als bepaald in het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, met dien verstande dat de grensoverschrijdende splitsing eerst van kracht kan worden wanneer aan alle formele vereisten voor grensoverschrijdende splitsing is voldaan krachtens het recht dat van toepassing is op alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen.

7.9 De inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing

7.9.1 Inleiding

Artikel 16 lid 1 Zesde richtlijn schrijft voor dat een nationale splitsing openbaar moet worden gemaakt ‘op de in de wetgeving van iedere lidstaat vastgestelde wijze, overeenkomstig artikel 3 van Richtlijn 68/151/EEG, voor elke vennootschap die aan de splitsing deelneemt.’ Hoewel deze regel is geschreven voor nationale splitsing, biedt deze ook een goed handvat voor grensoverschrijdende splitsing. In deze regel zou ook, voor grensoverschrijdende splitsing, een conflictregel gelezen kunnen worden, in die zin dat de openbaarmaking van de splitsing voor iedere vennootschap afzonderlijk dient te geschieden, overeenkomstig het recht dat van toepassing is op die betreffende vennootschap: wat betreft de verkrijgende vennootschap door het recht dat daarop van toepassing is en wat betreft de splitsende vennootschap, door het recht dat van toepassing is op die vennootschap of, indien die vennootschap is opgehouden te bestaan, het recht dat van toepassing was op die vennootschap. Artikel 16 lid 2 Zesde richtlijn bepaalt bovendien dat elke verkrijgende vennootschap de formaliteiten voor de openbaarmaking betreffende de gesplitste vennootschap kan verrichten. Artikel 16 Zesde richtlijn is geïmplementeerd in artikel 2:334n BW.

7.9.2 De inschrijving van een grensoverschrijdende fusie

Ook een grensoverschrijdende fusie wordt ingeschreven op de door de wetgeving van elke lidstaat voorgeschreven wijze (artikel 18 lid 1 Richtlijn 2011/35/EU). Daarnaast bevat de Tiende richtlijn nog een speciale bepaling betreffende de openbaarmaking van de grensoverschrijdende fusie in artikel 13 Tiende richtlijn. In de eerste zin van artikel 13 Tiende richtlijn wordt de regel van artikel 18 lid 1 Richtlijn 2011/35/EU bevestigd, in de tweede zin van artikel 13 Tiende richtlijn is beschreven dat het register waar de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap wordt ingeschreven, het register waar elke vennootschap akten diende

neer te leggen ten bewijze dat de grensoverschrijdende fusie van kracht is geworden, onverwijld in kennis stelt van de totstandkoming van de fusie. In voorkomend geval mag de oude inschrijving niet eerder dan bij ontvangst van deze kennisgeving worden verwijderd. Er wordt een zekere 'continuïteit' ten aanzien van de inschrijving van de bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschappen geë waarborgd.

7.9.3 De inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing

De inschrijving van de grensoverschrijdende splitsing in afzonderlijke lidstaten waarvan het recht van toepassing is of was op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen, inclusief de nieuw opgerichte vennootschap (pen), bijt elkaar in principe niet. De grensoverschrijdende splitsing wordt bekend gemaakt voor iedere vennootschap conform de *lex societatis* – of, indien de splitsende vennootschap is opgehouden te bestaan – de gewezen *lex societatis*. Aanknoping bij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en de verkrijgende vennootschap(pen) geschiedt gedifferentieerd cumulatief.

Splitst een door Nederlands recht beheerste vennootschap grensoverschrijdend en blijft deze voortbestaan, dan kan deze vennootschap zelf zorg dragen voor de inschrijving van de grensoverschrijdende splitsing op basis van artikel 2:334n lid 3 BW. Houdt de door Nederlands recht beheerste vennootschap op te bestaan, dan kan elke verkrijgende vennootschap namens de gesplitste vennootschap de splitsing inschrijven, ook op basis van artikel 2:334n lid 3 BW. Treedt een door Nederlands recht beheerste vennootschap op als verkrijgende vennootschap, dan kan deze vennootschap uiteraard zelf op basis van artikel 2:334n lid 3 BW zorg dragen voor de inschrijving. Ter waarborging van continuïteit ten aanzien van de inschrijving, zou ten aanzien van de splitsende vennootschap de splitsing niet eerder mogen worden ingeschreven dan de inschrijving van de splitsing ten aanzien van de verkrijgende vennootschap(pen).

7.9.4 De inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief

7.9.4.1 De Finse benadering

In de Finse wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing waarbij de door Fins recht beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap, moeten de vennootschappen die partij zijn bij de grensoverschrijdende splitsing deze inschrijven binnen zes maanden na (i) het besluit tot splitsing door de door Fins recht beheerste vennootschappen die partij zijn bij de grensoverschrijdende splitsing en (ii) na verkrijging van een attest, afgegeven door het handelsregister in de staat waarvan het recht van toepassing is op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen (Section 24 paragraph 1 Osakeyhtiölaki). Ook

bij een – vanuit Fins perspectief – inbound grensoverschrijdende splitsing staat dus een zekere continuïteit van de inschrijving – van de splitsende vennootschap op de verkrijgende vennootschap – voorop. Het Finse handelsregister zal vervolgens uit eigen beweging de registers van de andere lidstaten in kennis stellen van de inschrijving van de splitsing in Finland (Section 24 paragraph 3 *Osakeyhtiölaki*).

Bij een – vanuit Fins perspectief – outbound grensoverschrijdende splitsing zal het Finse handelsregister, na inkennisstelling door het buitenlandse handelsregister, in het geval de splitsende vennootschap ophoudt te bestaan, de splitsende vennootschap uitschrijven uit het handelsregister en in het geval van een grensoverschrijdende afsplitsing de splitsing inschrijven in het handelsregister (Section 25 paragraph 5 *Osakeyhtiölaki*).

7.9.4.2 De Deense benadering

In de Deense wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing is bepaald dat de grensoverschrijdende splitsing ter inschrijving moet worden aangeboden niet later dan na twee weken nadat het besluit tot grensoverschrijdende splitsing is genomen door alle reeds bestaande vennootschappen die partij zijn bij de grensoverschrijdende splitsing. Iedere verkrijgende vennootschap kan namens de splitsende vennootschap de splitsing ter inschrijving aanbieden (article 308 lid 1 *Danish Companies Act*).

7.9.4.3 De Duitse benadering

In het Duitse Voorstel van de Spezialkommission für Internationales Gesellschaftsrecht is niet specifiek aandacht besteed aan de inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing. Niettemin kan de inschrijving wel worden geschaard onder het ‘Verfahren’ van de grensoverschrijdende splitsing, dat wordt beheerst door het op iedere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap toepasselijke recht.

7.9.5 *Conclusies en aanbevelingen*

De inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing geschiedt conform het toepasselijke recht op een vennootschap, of indien de vennootschap ten gevolge van de grensoverschrijdende splitsing is opgehouden te bestaan, het recht waardoor die vennootschap werd beheerst. Het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen – en de eventueel in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw op te richten vennootschap – wordt gedifferentieerd cumulatief toegepast.

Naar mijn mening moet, net als bij grensoverschrijdende fusie, bij grensoverschrijdende splitsing een zekere continuïteit ten aanzien van de inschrijving van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen bestaan. Bij de

uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging moeten de vennootschappen er zorg voor dragen dat de splitsing pas ter inschrijving in het register waar de splitsende vennootschap is ingeschreven wordt aangeboden nadat de splitsing in het register waar de verkrijgende vennootschap (pen) staan ingeschreven is ingeschreven. Idealiter bevat toekomstige wetgeving hieromtrent een bepaling, zoals artikel 13 lid 2 Tiende richtlijn.

7.10 De overgang onder algemene titel bij grensoverschrijdende splitsing

Een zeer belangrijk – en aantrekkelijk – rechtsgevolg van splitsing en ook van grensoverschrijdende splitsing is de overgang van vermogen onder algemene titel van de splitsende vennootschap op de verkrijgende vennootschap of vennootschappen, overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving.

Vooropgesteld moet worden dat de vermogensovergang onder algemene titel als rechtsgevolg van de grensoverschrijdende splitsing slechts kan intreden indien alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen het rechtsgevolg overgang onder algemene titel kennen en koppelen aan splitsing. Nu alle lidstaten de Zesde richtlijn geïmplementeerd hebben, kennen alle lidstaten de overgang van vermogen onder algemene titel als gevolg van de splitsing.¹⁴³

Bij een grensoverschrijdende splitsing komt de vraag aan de orde door welk recht de vermogensovergang onder algemene titel wordt beheerst. Die vraag is in de eerste plaats van belang omdat de inhoud van het begrip ‘vermogensovergang onder algemene titel’ per lidstaat kan verschillen: harmonisatie op dit terrein ontbreekt immers. Sommige lidstaten hanteren in het algemeen ten aanzien van overgang onder algemene titel het *eenheidsstelsel*,¹⁴⁴ op basis waarvan het gehele vermogen van de splitsende vennootschap, roerende en onroerende goederen, overgaan op de rechtsopvolger onder algemene titel. Andere lidstaten kunnen het *splitsingsstelsel* hanteren, op basis waarvan bijvoorbeeld onroerende goederen niet zonder meer onder algemene titel overgaan, maar waarbij de overgang wordt beheerst door de *lex rei sitae*. In de tweede plaats is de vraag welk recht van toepassing is op de vermogensovergang onder algemene titel van belang omdat er geen supranationaal begrip bestaat van het begrip ‘vermogen’. Hetgeen onder ‘vermogen’ wordt verstaan, wordt naar mijn mening, bij gebrek aan een supranationaal begrip van het begrip ‘vermogen’ ingekleurd door het nationale recht van een lidstaat dat van toepassing is op de overgang onder algemene titel. Ten slotte is de vraag welk recht van toepassing is op de overgang onder algemene titel van belang om te bepalen of een bepaald vermogensbestanddeel voor overgang onder algemene titel vatbaar is.

143 Vgl. Van Solinge 1994, p. 166.

144 Zie bijvoorbeeld wat betreft het erfrecht artikel 7 lid 1 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging, Trb. 1994, 168.

Vooropgesteld moet worden dat de overgang onder algemene titel bij splitsing, net als bij fusie, niet is geharmoniseerd. De Zesde richtlijn bepaalt in artikel 17 lid 1 sub a slechts dat:

‘zowel tussen de gesplitste vennootschap en de verkrijgende vennootschappen als ten aanzien van derden gaat het gehele vermogen van de gesplitste vennootschap, zowel rechten als verplichtingen, over op de verkrijgende vennootschappen, overeenkomstig de verdeling volgens het splitsingsvoorstel (...).’

Van enige harmonisatie op het terrein van (i) de vermogensovergang onder algemene titel, (ii) de inhoud van het begrip ‘vermogen’ en (iii) of een goed voor overgang onder algemene titel vatbaar is, is geen sprake.¹⁴⁵ Noch Richtlijn 2011/35/EU, noch de Tiende richtlijn, noch de Zesde richtlijn bieden hier een handvat voor. Het zou aan te bevelen zijn wanneer de Europese wetgever op dit punt actie zou ondernemen en voor zowel fusie als splitsing een unierechtelijk (supranationaal) begrip van vermogensovergang bij fusie en splitsing zou introduceren.

Vanuit Nederlands perspectief heeft Van Solinge verdedigd dat in het kader van een (grensoverschrijdende) fusie de overgang van vermogen inhoudt dat iedere rechtsbetrekking van vermogensrechtelijke aard overgaat op de verkrijgende vennootschap. Dat betekent dat bezittingen, schulden, (beperkte) rechten, (duur)overeenkomsten en verbintenissen uit andere bron – zoals die uit onrechtmatige daad, toevoeging mijn-erzijs – overgaan op de verkrijgende vennootschap.¹⁴⁶ Dat geldt naar mijn mening evenzeer bij grensoverschrijdende splitsing, met dien verstande dat het vermogen overgaat op de verkrijgende vennootschap(en) overeenkomstig de beschrijving die deel uitmaakt van het voorstel tot splitsing en gehecht wordt aan de akte van splitsing.

De vraag blijft echter wel door welk recht de vermogensovergang onder algemene titel wordt beheerst. Hierbij bestaat de mogelijkheid dat de overgang van vermogen wordt beheerst door (i) hetzij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, (ii) hetzij het recht dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap. Een andere, door Verhagen en De Heer in het kader van grensoverschrijdende fusie verdedigde regel is dat op de overgang onder algemene titel het ‘fusiestatuut’ van toepassing is, waarbij onder ‘fusiestatuut’ moet worden verstaan: het recht dat de juridische fusie beheerst.¹⁴⁷ Verhagen en De Heer baseren deze regel op twee rechterlijke uitspraken, waarin het in beide gevallen de *erkenning* betrof van een overgang onder algemene titel krachtens een nationale

145 De Zesde richtlijn doet echter geen afbreuk aan de wetgevingen van de lidstaten die bijzondere formaliteiten voorschrijven om de overgang van bepaalde door de gesplitste vennootschap aangebrachte goederen, rechten en verplichtingen aan derden te kunnen tegenwerpen (artikel 17 lid 3 Zesde richtlijn).

146 Van Solinge 1994, p. 263, 264.

147 Verhagen en De Heer 1999, p. 303.

fusie naar Italiaans recht,¹⁴⁸ respectievelijk Frans recht.¹⁴⁹ In beide gevallen werd de overgang onder algemene titel naar Italiaans recht, respectievelijk Frans recht, erkend. In beide gevallen was het echter eenvoudig het ‘fusiestatuut’ te bepalen, aangezien het in beide gevallen nationale fusies betrof waarbij het grensoverschrijdende element slechts gelegen was in de vermogensbestanddelen die goederenrechtelijk werden beheerst door het recht van een andere staat dan het recht van de staat dat van toepassing was op de fuserende vennootschappen.

Bij een grensoverschrijdende splitsing is, evenals bij een grensoverschrijdende fusie, het ‘splitsingsstatuut’ of het ‘fusiestatuut’ niet eenvoudig te bepalen, omdat het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht bestaat uit een (al dan niet gedifferentieerde) cumulatie van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap (pen). Een conflictregel die als toepasselijk recht op de overgang onder algemene titel aanwijst het ‘splitsingsstatuut’ biedt derhalve geen oplossing. Dat heeft tot gevolg dat als toepasselijk recht op de overgang onder algemene titel ofwel het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap moet worden aangewezen, dan wel het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen), dan wel zou moeten worden voorzien in een supranationaal definitie van het begrip ‘vermogensovergang onder algemene titel’. Het definiëren van een supranationaal begrip van ‘vermogensovergang onder algemene titel’ is echter een taak van de (supranationale) wetgever.

Van Solinge heeft in zijn dissertatie aandacht besteed aan het toepasselijke recht op de overgang onder algemene titel bij grensoverschrijdende fusie. Hij signaleerde dat bij onderhandelingen over het ontwerpverdrag over grensoverschrijdende fusie tot de slotsom was gekomen dat dat verdrag niet zou moeten voorzien in een regeling omtrent de overgang onder algemene titel, maar dat de oplossing van dat probleem moest worden gezocht in de volgens de *lex fori* toepasselijke wet.¹⁵⁰ Van Solinge lijkt op basis hiervan het recht dat op een vermogensbestanddeel van toepassing is bepalend te achten voor het antwoord op de vraag of het vermogensbestanddeel onder algemene titel overgaat op de verkrijgende buitenlandse vennootschap.¹⁵¹ Hij merkt hierbij op dat het recht dat van toepassing is op dat vermogensbestanddeel veelal hetzelfde recht zal zijn als het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap.

Naar mijn mening wordt de overgang onder algemene titel bij grensoverschrijdende splitsing – en ook bij grensoverschrijdende fusie, in tegenstelling tot de mening die Van Solinge lijkt te zijn toegedaan – niet primair beheerst te worden door het recht dat op een vermogensbestanddeel van toepassing is, maar door het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap. Het is juist de overgang

148 HR 24 oktober 1990, BNB 1991/2, (m. nt. A. Nooteboom).

149 Hof Amsterdam (OK) 13 juni 1991, NJ 1991, 669.

150 Van Solinge 1994, p. 264.

151 Van Solinge 1994, p. 269.

onder algemene titel die de regels omtrent de overdracht onder bijzondere titel doorkruist. Zou dat niet zo zijn, dan zou een zeer belangrijk rechtsgevolg van de grensoverschrijdende splitsing, namelijk een overgang onder algemene titel, niet (kunnen) worden gerealiseerd.¹⁵²

Toepasselijkheid van het recht van de splitsende vennootschap op de overgang onder algemene titel bij grensoverschrijdende splitsing is naar mijn mening niet vreemd wanneer de overgang onder algemene titel wordt gezien in een bredere context. Ook de overgang onder algemene titel bij de verkrijging krachtens erfrecht wordt beheerst door het toepasselijke recht op de vererving van de nalatenschap van een erflater, de erfwet. Het ‘recht dat van toepassing is op de erfgenaam’, de nationaliteit van de erfgenaam, speelt geen rol in deze overgang onder algemene titel en de vraag of de erfgenaam het vermogen onder algemene titel kan verkrijgen.

Bovendien doet toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap op de overgang onder algemene titel recht aan hetgeen krachtens dat recht kan overgaan onder algemene titel. Dat recht bepaalt tevens of alle goederen overgaan – bij toepassing van het eenheidsstelsel –, dan wel dat niet alle goederen overgaan – bij toepassing van het splitsingsstelsel. Daarnaast wordt voorkomen dat, bij een grensoverschrijdende splitsing met meerdere verkrijgende vennootschappen, een bepaald vermogensbestanddeel wel kan overgaan krachtens het recht dat van toepassing is op de ene verkrijgende vennootschap, maar niet kan overgaan krachtens het recht dat van toepassing is op de andere verkrijgende vennootschap.

Tevens bepaalt het op de overgang onder algemene titel toepasselijke recht welke vermogensbestanddelen wel en niet voor overgang onder algemene titel vatbaar zijn. Bij grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerde vennootschap gaan alle vermogensbestanddelen over, tenzij uit de wet, statuten of overeenkomst anders voortvloeit.¹⁵³ Een voorbeeld van een geval waarin uit de (Nederlandse) wet eisen worden gesteld aan de overgang van vermogen, is artikel 2:334j BW. Op basis van dat artikel mag een rechtsverhouding waarbij de splitsende vennootschap partij is, slechts in haar geheel overgaan. Het niet overgaan van een rechtsverhouding in haar geheel, is een grond voor crediteurenverzet op basis van artikel 2:334l BW. Artikel 2:334j BW is niet gebaseerd op de Zesde richtlijn maar is opgenomen door de Nederlandse wetgever uit eigen beweging omdat anders ‘schulden ten nadele van schuldeisers in stukken kunnen worden geknipt’. Deze bepaling dient met name ter bescherming van crediteuren.¹⁵⁴ De regeling van schuldoverneming en overdracht van rechtsverhoudingen in artikel 6:155 tot en met 6:159 BW – en het daarin neergelegde vereiste van toestemming of medewerking van de schuldeiser – is ten aanzien van de overgang onder algemene titel van vermogensbestanddelen bij splitsing niet van toepassing. Is een rechtsverhouding verbonden met verschillende vermogensbestanddelen die op onderscheiden

¹⁵² Verhagen en De Heer 1999, p. 302.

¹⁵³ Verstappen 1996, p. 267 – 324.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 3.

verkrijgende vennootschappen overgaan – of worden behouden door de splitsende vennootschap –, dan mag een rechtsverhouding worden gesplitst in die voege dat zij overgaat op alle betrokken verkrijgende vennootschappen naar evenredigheid van het verband dat de rechtsverhouding heeft met de vermogensbestanddelen die elke vennootschap verkrijgt (artikel 2:334j lid 2, 3 BW).

Zoals blijkt uit de verhandelingen van Van Solinge, kan de onmogelijkheid tot overgang onder algemene titel ook voortvloeien uit een buitenlandse wet, de statuten van een door niet-Nederlands recht beheerste vennootschap – wanneer bijvoorbeeld de aandelen van een niet door Nederlands recht beheerste vennootschap overgaan onder algemene titel – of overeenkomst waarop niet-Nederlands recht van toepassing is.¹⁵⁵

Het recht dat van toepassing is op de overgang onder algemene titel bepaalt tevens welke vennootschap rechthebbende is van een bepaald vermogensbestanddeel indien onduidelijk is of het vermogensbestanddeel onder algemene titel is overgegaan en zo ja, op welke vennootschap. De Zesde richtlijn geeft een regel hiervoor in artikel 3 lid 3 Zesde richtlijn, die gedeeltelijk dwingend van aard is (zie tevens paragraaf 2.7.2.). De Nederlandse wetgever voorziet in een regel op grond waarvan kan worden bepaald welke vennootschap rechthebbende is van een bepaald vermogensbestanddeel (zowel activa als passiva) indien aan de hand van de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving niet kan worden bepaald welke vennootschap daarop na de splitsing rechthebbende is (artikel 2:334s lid 1 BW). Indien een door Nederlands recht beheerste vennootschap grensoverschrijdend wordt gesplitst en niet kan worden bepaald welke vennootschap rechthebbende is van een bepaald vermogensbestanddeel, zou deze regel moeten worden toegepast. Dat betekent dat, indien het gehele vermogen van de splitsende vennootschap overgaat in het kader van de grensoverschrijdende splitsing, de verkrijgende vennootschap gezamenlijk rechthebbenden zijn op het vermogensbestanddeel, ieder naar evenredigheid van de waarde van het deel van het vermogen van de gesplitste vennootschap dat hij verkrijgt (artikel 2:334s lid 2 BW) en dat wanneer niet het gehele vermogen is overgegaan (bij afsplitsing) de gesplitste vennootschap rechthebbende is gebleven (artikel 2:334s lid 3 BW).

Artikel 2:334s BW ziet ook op schulden waarvan aan de hand van de beschrijving niet duidelijk is wie na het van kracht worden van de splitsing schuldenaar is. De Zesde richtlijn schrijft in dat geval voor dat alle verkrijgende vennootschappen voor zo een schuld hoofdelijk aansprakelijk zijn, met dien verstande dat lidstaten kunnen bepalen dat de hoofdelijke aansprakelijkheid wordt beperkt tot het aan elke verkrijgende vennootschap toegescheiden netto-actief (artikel 3 lid 3 Zesde richtlijn). De Nederlandse wetgever heeft de hoofdelijke aansprakelijkheid niet ingeperkt tot het netto-actief, omdat ‘een tekortkoming in het

¹⁵⁵ Van Solinge 1994, p. 265 – 269.

splitsingsvoorstel ten gevolge waarvan over de toedeling van de schulden onduidelijkheid bestaat, voor risico van partijen – bij de splitsing, toevoeging mijnerzijds – moet komen en niet van schuldeisers'.¹⁵⁶ Dat betekent dat bij onduidelijkheid over de toedeling van schulden in het kader van een grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap de verkrijgende vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk zijn, ook al geldt deze aansprakelijkheid voor een hoger bedrag dan het netto-actief dat de vennootschap heeft verkregen bij de splitsing.

Uiteraard kan de hoofdelijke aansprakelijkheid die niet is beperkt tot het netto-actief dat de verkrijgende vennootschap bij de splitsing heeft verkregen botsen met de aansprakelijkheid krachtens het op de verkrijgende vennootschap toepasselijke recht, dat wel een beperking van de aansprakelijkheid tot het verkregen netto-actief kent. Dit neemt echter niet weg dat naar mijn mening de aansprakelijkheid die niet beperkt is tot het netto-actief in stand blijft. De aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap of vennootschappen is immers ook een manier waarop de crediteuren beschermd worden. Dit staat echter niet in de weg aan het feit dat – en de minister van Justitie heeft dat ook vermeld in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel betreffende nationale splitsing¹⁵⁷ – de aangesproken vennootschap wel regres kan nemen op de overige schuldenaren – i.e. de andere verkrijgende vennootschappen, die eveneens hoofdelijk aansprakelijk waren.

In het geval van artikel 2:334s lid 2 BW, dat ziet op meerdere verkrijgende vennootschappen die gezamenlijk rechthebbende zijn op een vermogensbestanddeel, ontstaat een gemeenschap waarin de onderscheiden verkrijgende vennootschappen deelgenoot zijn. Deze gemeenschap zal een internationaal karakter dragen: de grensoverschrijdende splitsing is de oorzaak van het ontstaan van deze gemeenschap en het grensoverschrijdende karakter heeft tot gevolg dat de deelgenoten in de meeste gevallen door het recht van verschillende staten worden beheerst. Indien het niet de intentie is geweest bij de splitsing een gemeenschap te creëren – hetgeen in de meeste gevallen zo zal zijn, anders zou dat zijn aangegeven in het voorstel tot splitsing –, zal deze gemeenschap goederenrechtelijk gezien worden beheerst door het recht dat van toepassing is op onderscheiden goederen die deel uitmaken van deze gemeenschap. Bestaat de gemeenschap bijvoorbeeld uit aandelen op naam in een Nederlandse besloten of naamloze vennootschap, dan zullen, ter verdeling van de gemeenschap, krachtens Nederlands internationaal privaatrecht de onverdeelde aandelen van de aandelen op naam overeenkomstig de Nederlandse regels moeten worden geleverd aan de beoogd verkrijgende vennootschap.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24702, nr. 3 (Memorie van Toelichting). p. 18.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24702, nr. 3 (Memorie van Toelichting). p. 18.

7.10.1 De overgang onder algemene titel in rechtsvergelijkend perspectief

7.10.1.1 De Finse benadering

Krachtens het Finse recht gaan de activa en passiva van de splitsende vennootschap onder algemene titel over op de verkrijgende vennootschap (Section 26 Osakeyhtiölaki). Conform artikel 3 lid 3 Zesde richtlijn, heeft de Finse wetgever een voorziening in de wet opgenomen indien uit de beschrijving niet blijkt of niet valt af te leiden of een activum of passivum is overgegaan of, indien een activum of passivum wel is overgegaan, maar onduidelijk is op welke verkrijgende vennootschap. Voor die gevallen wordt in een bepaling, opgenomen in de afdeling betreffende grensoverschrijdende splitsing, verwezen naar de bepalingen betreffende nationale splitsing. Activa waarvan onduidelijk is of ze zijn overgegaan en indien ze zijn overgegaan, op welke verkrijgende vennootschap zij zijn overgegaan, worden verdeeld conform de regel van artikel 3 lid 3 sub a Zesde richtlijn. Passiva worden verdeeld conform artikel 3 lid 3 sub b Zesde richtlijn, met dien verstande dat de Finse wetgever, in tegenstelling tot de Nederlandse wetgever, de hoofdelijke aansprakelijkheid van de aangesproken, verkrijgende vennootschap heeft beperkt tot het verkregen netto-actief.

7.10.1.2 De Deense benadering

Krachtens het Deense recht gaan de activa en passiva van de splitsende vennootschap onder algemene titel over op de verkrijgende vennootschap (§ 254 Danish Companies Act). Conform artikel 3 lid 3 Zesde richtlijn, heeft de Deense wetgever een voorziening in de wet opgenomen indien uit de beschrijving niet blijkt of niet valt af te leiden of een activum of passivum is overgegaan of indien het activum of passivum over is gegaan, naar welke verkrijgende vennootschap het is overgegaan. Activa waarvan onduidelijk is of ze zijn overgegaan en indien ze zijn overgegaan, op welke verkrijgende vennootschap zij zijn overgegaan, worden verdeeld conform de regel van artikel 3 lid 3 sub a Zesde richtlijn. Passiva worden verdeeld conform artikel 3 lid 3 sub b Zesde richtlijn, met dien verstande dat de Deense wetgever, in tegenstelling tot de Nederlandse wetgever, de hoofdelijke aansprakelijkheid van de aangesproken, verkrijgende vennootschap heeft beperkt tot het verkregen netto-actief.

7.10.1.3 De Duitse benadering

In het Voorstel van de Spezialkommission für Internationales Gesellschaftsrecht is niet specifiek aandacht besteed aan de overgang onder algemene titel bij grensoverschrijdende splitsing of grensoverschrijdende fusie.

Lennerz heeft verdedigd dat het op de vennootschap toepasselijke recht, 'het Gesellschaftsstatut', maatgevend is voor de overgang van vermogen in het kader

van grensoverschrijdende fusie en splitsing en niet het recht dat van toepassing is op de onderscheiden vermogensbestanddelen, zoals de *lex rei sitae*. Het ‘Statut der Vermögensgesamtheit’ derogert in dit geval aan de ‘im Fall von Einzelrechtsübertragungen massgeblichen Statuten’.¹⁵⁸ Als argument hiervoor voert zij aan dat de basis van de overgang bij grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende splitsing is gelegen in het vennootschapsrecht en niet in het goederenrecht. Volgens Lennerz wordt de overgang onder algemene titel geheel beheerst door de *lex societatis* van de verdwijnende (bij grensoverschrijdende fusie) of splitsende (bij grensoverschrijdende splitsing) vennootschap.¹⁵⁹ Zij maakt wat betreft de vermogensovergang bij grensoverschrijdende fusie en splitsing een vergelijking met de verkrijging krachtens erfrecht. Bij een verkrijging krachtens erfrecht heeft de vermogensovergang een basis bij de erflater en niet bij de erfgenamen. Volgens haar geldt hetzelfde bij een grensoverschrijdende splitsing, zelfs nog sterker wanneer in het kader van de grensoverschrijdende splitsing een vennootschap zuiver splitst en ophoudt te bestaan. Als extra argument ter ondersteuning van het van toepassing achten van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap op de overgang onder algemene titel geeft Lennerz aan dat daarmee wordt voorkomen dat vermogensbestanddelen ‘in de lucht hangen’.

7.10.1.4 Conclusies en aanbevelingen

Het conflictenrecht betreffende de overgang onder algemene titel bij (grensoverschrijdende) fusie en splitsing is niet geharmoniseerd door middel van Richtlijn 2011/35/EU, de Tiende richtlijn of de Zesde richtlijn.

Naar de huidige maatstaven moet naar mijn mening wat betreft het (ongeschreven) conflictenrecht uitgegaan worden van het principe van toepassing van de *lex societatis* van de splitsende vennootschap op de overgang onder algemene titel op de verkrijgende vennootschap of vennootschappen. Deze regels derogeren in principe aan de goederenrechtelijke regels, zoals de *lex rei sitae*. Met toepassing van deze conflictregel wordt voorkomen dat vermogensbestanddelen ‘in de lucht blijven hangen’. Het recht dat van toepassing is op de overgang onder algemene titel bepaalt in het bijzonder (i) wat het begrip ‘vermogen’ inhoudt, wat verstaan wordt onder activa en passiva en (ii) wat de betekenis is van ‘overgang onder algemene titel’, alsmede welke uitzonderingen bestaan op de overgang onder algemene titel.

Wat betreft toekomstige wetgeving is harmonisatie van het begrip overgang onder algemene titel bij nationale fusies en splitsingen naar mijn mening niet direct noodzakelijk: hetgeen vanuit de splitsende vennootschap overgaat op de verkrijgende vennootschap, zal de verkrijgende vennootschap ook onder algemene titel kunnen ontvangen, aangezien bij nationale fusies en splitsingen alle vennootschappen door het recht van dezelfde staat worden beheerst. Harmonisatie van het begrip

¹⁵⁸ Lennerz 2001, p. 239, 245.

¹⁵⁹ Lennerz 2001, p. 257.

overgang onder algemene titel is naar mijn mening wel gewenst bij grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende splitsing. Op die manier bestaat geen onzekerheid over de overgang van vermogen, of vermogensbestanddelen wel onder algemene titel over kunnen gaan of onder algemene titel kunnen worden ontvangen. Een eenduidige (unierechtelijke) definitie van het begrip ‘vermogen’ zou daarbij een welkome aanvulling zijn. Op die manier wordt veel onzekerheid weggenomen over één van de belangrijkste kenmerken van grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende splitsing, namelijk de overgang onder algemene titel. Bovendien zouden hierdoor uitvoerige due-diligence onderzoeken niet meer noodzakelijk zijn, hetgeen de grensoverschrijdende splitsing als herstructureringsinstrument aantrekkelijker maakt. Een uniform begrip van overgang onder algemene titel zou naar mijn mening specifiek kunnen gelden voor (grensoverschrijdende) fusie en splitsing en zou niet af hoeven doen aan de in de lidstaten bestaande opvattingen van overgang onder algemene titel bij bijvoorbeeld erfopvolging.

Wat betreft de voorziening ter bepaling aan welke vennootschap een schuld toebehoort indien dat aan de hand van de beschrijving niet kan worden bepaald, zou toekomstige wetgeving op unieniveau moeten voorzien in volledige harmonisatie. Op die manier wordt voorkomen dat crediteuren van een vennootschap, beheerst door het recht van lidstaat A – waarin de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap niet is gelimiteerd tot het bij de splitsing verkregen netto-actief – worden geconfronteerd met het recht van lidstaat B op dit punt – waarin de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap wel is gelimiteerd tot het bij de splitsing verkregen netto-actief. Een richtlijn omtrent grensoverschrijdende splitsing zou hieromtrent dwingend moeten bepalen dat ofwel de aansprakelijkheid is gelimiteerd tot het bij de grensoverschrijdende splitsing verkregen netto-actief, dan wel dat die aansprakelijkheid onbeperkt is. Op die manier wordt ook voorkomen dat crediteuren zich als eerste zullen wenden tot de verkrijgende vennootschap die wordt beheerst door het recht van een staat waarin de aansprakelijkheid niet is beperkt tot het bij de grensoverschrijdende splitsing verkregen netto-actief.

7.11 De toekenning van aandelen en bijzondere rechten bij grensoverschrijdende splitsing

7.11.1 Inleiding

De toekenning van aandelen in de verkrijgende vennootschap is bij zowel nationale als grensoverschrijdende splitsing een zeer belangrijk element. Schoonbrood en Van Olfen zien de ruil van aandelen zelfs als een essentieel kenmerk van splitsing.¹⁶⁰ Bij een grensoverschrijdende splitsing komt de vraag aan de orde door welk recht de toekenning of uitreiking van aandelen aan de aandeelhouders van de splitsende

¹⁶⁰ Schoonbrood en Van Olfen 2011-I, p. 104 – 111.

vennootschap wordt beheerst. Dezelfde vraag komt aan de orde wat betreft de toekenning van 'andere bijzondere rechten' in de verkrijgende vennootschap, die geen aandelen zijn.

7.11.2 Conflictenrecht betreffende toekenning van aandelen bij grensoverschrijdende splitsing

Uit de Zesde richtlijn is af te leiden dat de verkrijgende vennootschap(en) aandelen uitreiken aan aandeelhouders van de gesplitste vennootschap (artikel 2 lid 1 en artikel 21 lid 1 Zesde richtlijn). Daarmee is eigenlijk al duidelijk dat de toekenning (of in de termen van de Zesde richtlijn: 'uitreiking') van aandelen aan de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap een aangelegenheid is van de verkrijgende vennootschap, behoudens bepaalde uitzonderingen. Die uitzonderingen doen zich in het Nederlandse recht onder meer voor in het geval (i) geen aandelen worden toegekend voor aandelen in het kapitaal van de splitsende vennootschap die door of voor rekening van de verkrijgende vennootschap of splitsende vennootschap worden gehouden (artikel 2:334e lid 2BW), (ii) in het geval van een afsplitsing naar een nieuw op te richten dochtervennootschap, waarbij de aandelen worden toegekend aan de splitsende vennootschap (artikel 2:334e lid 3 sub a BW), (iii) in het geval van een ruziesplitsing (artikel 2:334cc BW en (iv) in het geval van driehoekssplitsing (artikel 2:334ii BW).

Ook uit de Nederlandse wet blijkt duidelijk dat de toekenning van aandelen een aangelegenheid is van de verkrijgende vennootschap (artikel 2:334a lid 3 BW, artikel 2:334e BW). Uit de dissertatie van Dortmund blijkt dat toekenning van aandelen bij fusie een aangelegenheid is van de verkrijgende vennootschap. Hij spreekt in het geval van fusie van een 'uitgifte' van aandelen, die verschilt van een 'gewone uitgifte'.¹⁶¹

Vanuit de nationale regeling betreffende nationale splitsing geredeneerd, zie ik niet in waarom bij een grensoverschrijdende splitsing de toekenning van aandelen niet beheerst zou worden door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en). Dat is naar mijn mening ook geheel in lijn met de relatie tussen de aandeelhouder en de vennootschap waarvan hij aandeelhouder is. Die relatie wordt immers vanuit internationaal privaatrechtelijk oogpunt beheerst door het recht dat op de vennootschap waar hij aandeelhouder van is van toepassing is (artikel 10:138 lid 4 BW). Hierbij speelt niet mee of het aandeel een aandeel aan toonder, aandeel op naam of een giraal aandeel betreft. Wat betreft grensoverschrijdende fusie heeft Van Solinge tevens verdedigd dat de toekenning van aandelen bij grensoverschrijdende fusie wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap.¹⁶²

¹⁶¹ Dortmund 1989, p. 117.

¹⁶² Van Solinge 1994, p. 270 – 273.

Het recht dat op de toekenning van de aandelen van toepassing is, bepaalt hoe de aandeelhouder van de splitsende vennootschap aandeelhouder wordt van de verkrijgende vennootschap (bijvoorbeeld door middel van een levering van de aandelen van de vennootschap aan de aandeelhouder van de splitsende vennootschap, of door middel van toekenning, zoals in het Nederlandse recht). De *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap(en) bepaalt ook welke aandelen kunnen worden toegekend of uitgereikt, of dat bijvoorbeeld nieuwe aandelen moeten zijn of dat dat ook aandelen kunnen zijn die reeds door de vennootschap zelf worden gehouden. Indien een door Nederlands recht beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap, zal er sprake zijn van een toekenning van nieuwe aandelen (zie tevens paragraaf 3.9.2.1.) en kan de vennootschap aandelen die zij in haar kapitaal houdt of in het kader van de splitsing verkrijgt, intrekken op basis van artikel 2:334x lid 3 BW.

7.11.3 Conflictenrecht betreffende beperkte rechten op toegekende aandelen

Aandelen in de splitsende vennootschap kunnen bezwaard zijn met beperkte rechten, zoals een recht van pand of vruchtgebruik. Door het van kracht worden van een grensoverschrijdende zuivere splitsing, zal de splitsende vennootschap ophouden te bestaan. Bij grensoverschrijdende zuivere splitsing zullen de aandelen vervallen en zullen de daarop gevestigde beperkte rechten niet meer kunnen worden uitgeoefend. Met het teniet gaan van het aandeel gaat ook het beperkte recht daarop teniet (artikel 3:81 lid 2 sub a BW). Bij een grensoverschrijdende afsplitsing houdt de splitsende vennootschap niet op te bestaan, vervallen geen aandelen en blijven de rechten die rusten op de aandelen in de splitsende vennootschap in stand. Hoewel bij een grensoverschrijdende afsplitsing geen aandelen vervallen, kan ook bij een grensoverschrijdende afsplitsing behoefte bestaan aan een vruchtgebruik of pandrecht op de aandelen in de verkrijgende vennootschap(en), nu de intrinsieke waarde van de aandelen in de splitsende vennootschap door de splitsing kan verminderen.

Artikel 2:334o BW – de pendant van artikel 2:319 BW en een uitwerking van artikel 3:213 BW en artikel 3:229 BW – bepaalt dat de pandhouder of vruchtgebruiker – van rechtswege – een pandrecht of vruchtgebruik verkrijgt op de door de verkrijgende vennootschap(en) toegekende aandelen. Artikel 2:334o BW vloeit niet voort uit de Zesde richtlijn betreffende splitsing en is, gelijk artikel 2:319 BW, een regel van Nederlands goederenrecht.¹⁶³ Bij een – vanuit Nederlands perspectief – inbound-grensoverschrijdende splitsing zou artikel 2:334o BW toepassing kunnen vinden, met dien verstande dat alleen een vruchtgebruik of pandrecht kan ontstaan en niet andere beperkte rechten die rustten op de aandelen in de splitsende vennootschap.¹⁶⁴

¹⁶³ Van Boxel 2011, p. 156.

¹⁶⁴ In dezelfde zin: Van Veen, 'GS Rechtspersonen', art. 2:333b BW, aant. 5.3.

Bij een – vanuit Nederlands perspectief – outbound grensoverschrijdende splitsing vindt artikel 2:334o BW in beginsel geen toepassing en ontstaat niet per definitie van rechtswege een pandrecht of vruchtgebruik op de door de verkrijgende vennootschap(pen) toegekende aandelen.¹⁶⁵ Een basis daarvoor vloeit in ieder geval niet voort uit de Zesde richtlijn. Bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing zal daarom, na het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing, op de toegekende aandelen een nieuw pandrecht of een nieuw vruchtgebruik moeten worden gevestigd. Dat vruchtgebruik of pandrecht zal moeten worden gevestigd conform het door het internationaal privaatrecht aangewezen toepasselijke goederenrechtelijke regime dat op de aandelen van toepassing is.

7.11.4 *Conflictenrecht betreffende toekenning bijzondere rechten bij grensoverschrijdende splitsing*

Het conflictenrecht betreffende de toekenning van ‘bijzondere rechten’ volgt naar mijn mening het conflictenrecht betreffende de toekenning van aandelen. Naar mijn mening wordt de toekenning van bijzondere rechten beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) die de bijzondere rechten moet (en) toekennen.

Een dwingende regel betreffende de toekenning van bijzondere rechten is opgenomen in artikel 13 Zesde richtlijn. Dat artikel bepaalt dat de houders van effecten waaraan bijzondere rechten verbonden zijn – maar die geen aandelen zijn – in de verkrijgende vennootschappen waarop overeenkomstig het splitsingsvoorstel de verplichtingen uit deze effecten overgaan, moeten beschikken over rechten die ten minste van gelijke waarde zijn als die waarover zij in de gesplitste vennootschap beschikten, tenzij (i) ofwel de wijziging van deze rechten is goedgekeurd door een vergadering van de houders van deze effecten – wanneer de nationale wetgeving een dergelijke vergadering kent – of door de afzonderlijke houders, ofwel (ii) deze houders recht hebben op inkoop van hun effecten. Deze regel is in het Nederlandse recht geïmplementeerd in artikel 2:334p BW. Het dwingende karakter van deze bepaling van de Zesde richtlijn brengt met zich dat in iedere lidstaat een systeem bestaat ter waarborging van ‘bijzonder rechthebbenden’. De verkrijgende vennootschap kan volgens het op die vennootschap toepasselijke recht ‘bijzondere rechten’ (gelijkwaardig aan de rechten in de splitsende vennootschap) toekennen aan de (gewezen) bijzonder gerechtigden van de splitsende vennootschap.

Als uitvloeisel van regels van Nederlands goederenrecht, is in artikel 2:334p lid 3 BW bepaald dat artikel 2:334o BW van overeenkomstige toepassing is op pandrecht

¹⁶⁵ Zo ook, ten aanzien van grensoverschrijdende fusie, Van Veen, ‘*GS Rechtspersonen*’, art. 2:333b BW, aant. 5.3. Wat betreft grensoverschrijdende fusie ziet Van Veen hierop als uitzondering het geval dat het goederenrechtelijke regime met betrekking tot aandelen in de verdwijnende, door Nederlands recht beheerste vennootschap en het goederenrechtelijke regime met betrekking tot de te verkrijgen aandelen in de verkrijgende vennootschap beiden worden beheerst door Nederlands recht. Zie tevens: Roelofs 2014-II, p. 336.

en vruchtgebruik dat op de bijzondere rechten was gevestigd. Met andere woorden: van rechtswege ontstaat een pandrecht of vruchtgebruik op de door de verkrijgende vennootschap toegekende bijzondere rechten. De Nederlandse wetgever kon dat eenvoudig bepalen voor nationale splitsingen. Voor grensoverschrijdende splitsing is, net als bij grensoverschrijdende fusie, toepassing van deze regel minder eenvoudig.

Op de wijze van toekenning van bijzondere rechten is de *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap(en) van toepassing. Op het betreffende bijzondere recht zelf, namelijk het recht dat de bijzonder gerechtigde jegens de vennootschap heeft, kan het recht van een andere (derde) staat van toepassing zijn.

7.11.5 De toekenning van aandelen bij grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief

7.11.5.1 De Finse en de Deense benadering

Zowel de Finse als de Deense wetgeving bevatten geen specifieke (conflict)regels over de toekenning van aandelen bij een grensoverschrijdende splitsing. Kennelijk achtte zowel de Finse als de Deense wetgever dat uit de definities van grensoverschrijdende splitsing afdoende duidelijk volgt dat de toekenning van aandelen wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap.

7.11.5.2 De Duitse benadering

In zijn proefschrift over grensoverschrijdende splitsing staat Prüm slechts kort stil bij het toepasselijke recht op de toekenning van aandelen bij een grensoverschrijdende splitsing. Volgens hem moet bij de toekenning van de aandelen zowel het recht van de verkrijgende vennootschap(en) toegepast worden als het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap. Hij nuanceert deze regel echter door te stellen dat bij een grensoverschrijdende splitsing alleen de verkrijgende vennootschap(en) aandelen toekent of toekennen en daarmee de verwijzing naar het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap in het luchtledige blijft hangen.¹⁶⁶

In het Voorstel van de Spezialkommission für Internationales Gesellschaftsrecht is ook niet met veel woorden stilgestaan bij het toepasselijke recht op de toekenning van aandelen. Op basis van het Voorstel (artikel 6 jo. artikel 5 Vorschlag für eine Regelung auf europäische Ebene en artikel 10c jo. artikel 10b Vorschlag für eine autonome deutsche Regelung im EGBGB) kan de toekenning van aandelen worden gezien als een gevolg van grensoverschrijdende splitsing, waarop het recht van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen van toepassing is. Omdat

¹⁶⁶ Prüm 2006, p. 85, 86.

de splitsende vennootschap geen aandelen zal toekennen in het kader van grensoverschrijdende splitsing, zal met het Voorstel niet bedoeld zijn dat het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap de toekenning van aandelen beheerst.

7.11.6 Conclusies en aanbevelingen

De toekenning van aandelen en bijzondere rechten in het kader van grensoverschrijdende splitsing wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen). De verkrijgende vennootschap(pen) is of zijn immers de ‘uitgevende’ of ‘aandelen toekennende’ vennootschap(pen). Voor een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing is nadere harmonisatie op dit terrein naar mijn mening niet nodig. Uit de Zesde richtlijn en de daarop gebaseerde implementatiewetgevingen blijkt voldoende duidelijk dat de toekenning van aandelen en bijzondere rechten een aangelegenheid is die wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen). Bovendien is dat bij (grensoverschrijdende) fusie niet anders.

Ten aanzien van de overgang van pandrecht en vruchtgebruik op aandelen in de splitsende vennootschap naar een pandrecht en vruchtgebruik op aandelen in de verkrijgende vennootschap(pen) zou harmonisatie op zijn plaats zijn. Hierbij moet echter wel in het oog worden gehouden dat de waarborging van deze rechten op aandelen een goederenrechtelijke en niet een vennootschapsrechtelijke aangelegenheid is. Juist het goederenrecht is niet geharmoniseerd door middel van enige regeling op supranationaal niveau en het is mijn verwachting dat dat ook niet snel zal gebeuren. Een waarborging van pandrecht en vruchtgebruik op aandelen bij grensoverschrijdende splitsing zou echter een welkome aanvulling zijn.

7.12 De aansprakelijkheid voor verbintenissen

7.12.1 De aansprakelijkheid voor verbintenissen in de Zesde richtlijn en de nationale wetgeving.

Bij (grensoverschrijdende) fusie gaat het vermogen, waaronder tevens de schulden van iedere verdwijnende vennootschap, over op de verkrijgende vennootschap. Na het van kracht worden van de grensoverschrijdende fusie is alleen de verkrijgende vennootschap aansprakelijk voor nakoming van verbintenissen van de verdwijnende vennootschap(pen).

Bij splitsing (en ook bij grensoverschrijdende splitsing) vindt geen concentratie van vermogen plaats in één vennootschap en dat leidt niet automatisch tot één vennootschap die aansprakelijk is voor de nakoming van verbintenissen van de splitsende vennootschap. De Zesde richtlijn biedt hiervoor een kader in artikel 12 lid 3 Zesde richtlijn, inhoudende dat, voor zover een schuldeiser van de vennootschap waarop de verbintenis overeenkomstig het splitsingsvoorstel is overgegaan, geen

voldoening heeft gekregen, de verkrijgende vennootschappen hoofdelijk tot nakoming van die verbintenis gehouden zijn. Deze bepaling is van dwingend recht en is in het Nederlandse recht geïmplementeerd in artikel 2:334t lid 1, 4 en 5 BW. Uit deze artikelleden volgt dat in principe de verkrijgende vennootschap aansprakelijk is en als de verkrijgende vennootschap waarop de verbintenis is overgegaan geen verhaal biedt, de andere verkrijgende vennootschap(pen) aansprakelijk zijn tot nakoming.

Artikel 12 lid 3 Zesde richtlijn bepaalt voorts dat de lidstaten de aansprakelijkheid kunnen beperken tot het netto-actief dat werd toegekend aan elk van de verkrijgende vennootschappen met uitzondering van de vennootschap waarop de verbintenis is overgegaan. In de Nederlandse wet is wat betreft deelbare verbintenissen bepaald dat de verkrijgende vennootschap(pen) waarop de verbintenis is overgegaan of, zo de verbintenis niet op een verkrijgende vennootschap is overgegaan, de voortbestaande gesplitste vennootschap aansprakelijk is voor het geheel. De aansprakelijkheid voor deelbare verbintenissen is voor elke andere vennootschap dan de vennootschap waarop de verbintenis is overgegaan beperkt tot de waarde van het vermogen dat zij bij de splitsing heeft verkregen of behouden (artikel 2:334t lid 3 BW). Voor ondeelbare verbintenissen zijn de verkrijgende vennootschappen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk (artikel 2:334t lid 4 BW).

7.12.2 De aansprakelijkheid voor verbintenissen bij grensoverschrijdende splitsing

Bij een grensoverschrijdende splitsing kan het geval zich voordoen dat het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap een beperking kent van de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) tot het bij de splitsing verkregen (netto-actief) verkregen vermogen, terwijl het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) deze beperking niet kent. Ook kan het omgekeerde geval zich voordoen, waarbij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap geen beperking kent van de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) tot het bij de splitsing verkregen (netto-actief) verkregen vermogen, terwijl het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) deze beperking wel kent.

De vraag is vervolgens hoe bij een grensoverschrijdende splitsing deze regels uitwerken: kan een verkrijgende vennootschap, waarvan het toepasselijke recht een beperking van de aansprakelijkheid tot het verkregen netto-actief kent, geconfronteerd worden met een ongelimiteerde aansprakelijkheid krachtens het recht dat van toepassing is of was op de splitsende vennootschap? En kunnen wederpartijen van rechtsverhoudingen geconfronteerd worden met aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) die gelimiteerd is tot het netto-actief verkregen vermogen, terwijl het recht dat van toepassing is of was op de splitsende vennootschap een ongelimiteerde aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap kent of kende?

7.12.3 De aansprakelijkheid voor verbintenissen in rechtsvergelijkend perspectief

7.12.3.1 De Finse benadering

In het Finse recht is de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschappen bij splitsing geregeld in Section 16 paragraph 6 Osakeyhtiölaki. De vennootschappen betrokken bij de splitsing zijn gezamenlijk en afzonderlijk aansprakelijk voor de schulden van de splitsende vennootschappen die ontstaan zijn voor het van kracht worden van de splitsing. Andere verkrijgende vennootschappen dan de vennootschap waarop de schuld is overgegaan, zijn slechts aansprakelijk tot maximaal het netto-actief verkregen of behouden vermogen. Deze bepaling is van toepassing op zowel inbound- als outbound-grensoverschrijdende splitsing (Section 26 paragraph 1, respectievelijk paragraph 2 Osakeyhtiölaki). Dat betekent dat krachtens Fins recht de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) eveneens is gelimiteerd tot het netto-actief verkregen of behouden vermogen.

7.12.3.2 De Deense benadering

In het Deense recht is de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschappen bij splitsing geregeld in § 291 paragraph 3 Danish Companies Act. De vennootschappen betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing zijn gezamenlijk en afzonderlijk aansprakelijk voor schulden die bestonden ten tijde van publicatie van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, zij het dat die aansprakelijkheid is beperkt tot het bij de grensoverschrijdende splitsing verkregen netto-actief vermogen of het in de splitsende vennootschap achtergebleven netto-actief vermogen. Een onderscheid voor inbound- en outbound grensoverschrijdende splitsing is in de Deense wetgeving niet gemaakt.

7.12.3.3 De Duitse benadering

In de Duitse literatuur heb ik geen visies kunnen vinden ten aanzien van de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) of voortbestaande splitsende vennootschap voor schulden die al dan niet in het kader van grensoverschrijdende splitsing zijn overgegaan op een verkrijgende vennootschap. Wellicht heeft dat te maken met het feit dat uit § 133 Umwandlungsgesetz niet voortvloeit dat de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) waarop de schuld niet is overgegaan of de voortbestaande splitsende vennootschap die de schuld niet heeft behouden niet is beperkt tot het verkregen of behouden netto-actief vermogen.

7.12.4 Conclusies en aanbevelingen

Het is niet eenvoudig een conflictregel te formuleren betreffende de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) en de voortbestaande splitsende

vennootschap voor schulden van de splitsende vennootschap die ten tijde van de splitsing bestonden. Het Finse recht bepaalt nadrukkelijk dat zowel voor inbound- als outbound grensoverschrijdende splitsing de aansprakelijkheid gelimiteerd is tot het netto-actief verkregen vermogen. Het Finse recht kan daardoor niet ter inspiratie worden gebruikt bij de formulering van een conflictregel.

Wat betreft de aansprakelijkheid kan iedere vennootschap naar mijn mening het eigen toepasselijke recht gedifferentieerd cumulatief toepassen. De Zesde richtlijn voorziet wat betreft de aansprakelijkheid van verkrijgende vennootschap(pen) en de voortbestaande splitsende vennootschap in volledige harmonisatie. Botsingen tussen het toepasselijke recht op de splitsende vennootschap en het toepasselijke recht op de verkrijgende vennootschap(pen) zijn op dit terrein niet te verwachten.

De vraag is echter of ook de *beperkingen* van de aansprakelijkheid tot het netto-actief verkregen vermogen krachtens het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap gelden indien het recht dat van toepassing is of was op de splitsende vennootschap een dergelijke limitering niet kent. Naar mijn mening moet hierbij het recht van de splitsende vennootschap toegepast worden. Kent het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap een limitering van de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) tot het netto-actief verkregen vermogen, dan geldt dat ook in een grensoverschrijdende situatie, ook al kent het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) een ongelimiteerde aansprakelijkheid.

Kent het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap geen limitering van de aansprakelijkheid tot het netto-actief verkregen vermogen, dan zal de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) ook ongelimiteerd zijn, ook al kent het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap (pen) een limitering tot het netto-actief verkregen vermogen.

De regeling omtrent de aansprakelijkheid voor schulden van de splitsende vennootschap maakt naar mijn mening deel uit van crediteurenbescherming van de splitsende vennootschap. Met toepassing van het recht dat van toepassing is of was op de splitsende vennootschap, wordt in ieder geval geen afbreuk gedaan aan deze bescherming en kunnen crediteuren van de splitsende vennootschap zich op gelijke wijze verhalen op het vermogen van de verkrijgende vennootschap(pen) als bij een nationale splitsing het geval zou zijn. Bovendien wordt met toepassing van het recht dat van toepassing is of was op de splitsende vennootschap voorkomen dat verschillen ten aanzien van het verhaalsvermogen tussen de verkrijgende vennootschappen bestaan. Indien bijvoorbeeld krachtens het recht dat van toepassing is op de ene verkrijgende vennootschap wel een beperking bestaat tot het netto-actief verkregen vermogen en krachtens het recht dat van toepassing is op de andere verkrijgende vennootschap geen limitering bestaat tot het netto-actief verkregen vermogen, dan leidt dat tot een ongelijkheid tussen de verkrijgende vennootschappen en zullen crediteuren eerder geneigd zijn als eerste verhaal te zoeken bij de verkrijgende vennootschap ten aanzien waarvan geen limitering tot het netto-actief

verkregen vermogen geldt. Daarmee komt deze laatste vennootschap in een ongunstiger positie te verkeren dan de andere verkrijgende vennootschap(en).

Wat betreft toekomstige wetgeving op dit terrein, zou het aan te bevelen zijn wanneer een toekomstige richtlijn omtrent grensoverschrijdende splitsing zou voorzien in volledige harmonisatie. Op die manier wordt het beste invulling gegeven aan de bescherming van crediteuren van de splitsende vennootschap en wordt vanuit het oogpunt van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap een grensoverschrijdende splitsing gelijk behandeld als een nationale splitsing. Daarnaast wordt hiermee een gelijke behandeling van alle verkrijgende vennootschappen bewerkstelligd, zodat alle verkrijgende vennootschappen, waarop de schuld niet is overgegaan, tot een gelijk bedrag aansprakelijk zijn.

7.13 Vernietiging van grensoverschrijdende splitsing

7.13.1 Vernietiging nationale splitsing en grensoverschrijdende fusie

Een nationale splitsing kan vernietigd worden of nietig zijn, zij het op zeer beperkte gronden. De Zesde richtlijn omschrijft nauwkeurig wanneer een lidstaat een splitsing kan onderwerpen aan de mogelijkheid tot vernietiging of nietigheid (artikel 19 Zesde richtlijn). De mogelijkheid tot vernietiging of de vaststelling van nietigheid kan slechts gedurende een korte tijd worden ingeroepen, op basis van in de Zesde richtlijn limitatief omschreven gronden. Bovendien is rechterlijke tussenkomst is vereist (zie tevens paragraaf 2.10). In het Nederlandse recht is de mogelijkheid tot vernietiging van een nationale splitsing geregeld in artikel 2:334u BW.

De Europese wetgever is met de Tiende richtlijn nog verder gegaan. In overweging 8 van de considerans van de Tiende richtlijn wordt overwogen dat ‘om de rechtszekerheid te waarborgen, moet worden verboden dat een grensoverschrijdende fusie nietig kan worden verklaard nadat zij van kracht is geworden’. Deze overweging heeft geleid tot een wettelijke uitsluiting van de mogelijkheid tot vernietiging van een grensoverschrijdende fusie in artikel 17 Tiende richtlijn, welke bepaling is geïmplementeerd in artikel 2:333l BW. Van Boxel heeft zelfs aangevoerd dat de grensoverschrijdende fusie kan worden gebruikt als ‘veiligheidsklep’ tegen vernietiging of vaststelling van nietigheid van een fusie.¹⁶⁷

7.13.2 Vernietiging grensoverschrijdende splitsing

Bij gebrek aan enige regeling op unieniveau omtrent grensoverschrijdende splitsing en cumulatieve toepassing van het nationale recht van de lidstaten betreffende nationale splitsing, kan een grensoverschrijdende splitsing, in tegenstelling tot een grensoverschrijdende fusie, vernietigd worden of kan de nietigheid van een

¹⁶⁷ Van Boxel 2011, p. 398 – 403.

grensoverschrijdende splitsing worden vastgesteld, indien het recht dat van toepassing is op één van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid die geboden is door artikel 19 Zesde richtlijn. Vanuit Nederlands oogpunt zou artikel 2:334u BW toepassing vinden bij de vernietiging van een grensoverschrijdende splitsing. Dat daarmee de – in dit geval grensoverschrijdende – splitsing kan worden vernietigd door een uitspraak van de rechter van de woonplaats van de gesplitste vennootschap (artikel 2:334u lid 2 BW) en niet door een rechter van de woonplaats van de verkrijgende vennootschap(pen), doet naar mijn mening niet ter zake. Het vonnis van de rechter inhoudende vernietiging zal op basis van artikel 33 EEX-Verordening¹⁶⁸ in andere lidstaten moeten worden erkend. Het omgekeerd geval kan zich ook voordoen: de grensoverschrijdende splitsing wordt in een andere lidstaat vernietigd of de nietigheid van een grensoverschrijdende splitsing wordt in een andere lidstaat vastgesteld. In dat geval zal vanuit Nederlands perspectief het vonnis inhoudende de vernietiging of de vaststelling van de nietigheid erkend moeten worden. Voorts is het niet ondenkbaar dat een grensoverschrijdende splitsing bloot staat aan vernietiging indien in een van de betrokken lidstaten een splitsing kan worden vernietigd op andere gronden, zoals op basis van de actio Pauliana. Vanuit Nederlands perspectief kan een splitsing niet worden vernietigd op basis van de actio Pauliana,¹⁶⁹ maar het niet ondenkbaar dat het recht van een andere lidstaat wel vernietiging van een splitsing op basis van de actio Pauliana toestaat.

Bij de implementatie van artikel 19 Zesde richtlijn heeft de Nederlandse wetgever in artikel 2:334u lid 3 BW de mogelijkheid opgenomen dat, indien de eiser tot vernietiging van de splitsing schade heeft geleden door een verzuim dat tot vernietiging *had kunnen leiden*, en de rechter vernietigt de splitsing niet, de rechter de verkrijgende vennootschappen en de voortbestaande gesplitste vennootschap kan veroordelen tot vergoeding van geleden schade. Het is maar de vraag of ook het recht van een andere lidstaat, dat van toepassing is op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap(pen), ook de mogelijkheid tot schadevergoeding rechtstreeks koppelt aan de mogelijkheid tot vernietiging van een splitsing. Nu naar Nederlands recht de vordering tot schadevergoeding op basis van artikel 2:334u lid 5 BW ook kan worden ingediend indien de termijn van zes maanden is verstreken, zou dat voor belanghebbenden kunnen betekenen dat zij de voorkeur geven aan een procedure tot vernietiging van de grensoverschrijdende splitsing ten overstaan van de Nederlandse rechter in plaats van een rechter in een andere lidstaat.

Voorts speelt bij grensoverschrijdende splitsing eveneens de mogelijkheid of onmogelijkheid van non-existentie indien een grensoverschrijdende splitsing vanuit het perspectief van het recht van een betrokken lidstaat niet voldoet aan essentiële

168 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Publicatieblad Nr. L 012 van 16/01/2001 p. 1 – 23.

169 HR 20 december 2013 (Favini), RO 2014/14, r.o. 4.1.2, 4.1.3 en 4.1.4.

kenmerken van splitsing. Vanuit Nederlands perspectief heb ik verdedigd dat non-existentie van fusie en splitsing niet mogelijk is en niet in lijn is met de beperkte vernietigingsgronden (zie paragraaf 3.9.13.3.). Dit betekent echter nog niet dat non-existentie vanuit het perspectief van andere lidstaten is uitgesloten en een grensoverschrijdende splitsing vanuit het perspectief van die andere lidstaat of lidstaten bloot kan staan aan non-existentie.

7.13.3 Vernietiging van grensoverschrijdende splitsing in rechtsvergelijkend perspectief

Ook in de andere jurisdicties waarin grensoverschrijdende splitsing is geregeld, is de mogelijkheid tot vernietiging of het invoeren van nietigheid nadrukkelijk teruggedrongen. In de Finse wetgeving is de vernietiging van een grensoverschrijdende splitsing uitgesloten (Section 27 Osakeyhtiölaki), terwijl een nationale splitsing wel kan worden vernietigd (Section 18 Osakeyhtiölaki). In de Deense wetgeving is de mogelijkheid tot vernietiging en het invoeren van nietigheid van nationale en grensoverschrijdende fusie en splitsing niet uitgesloten. Dat neemt echter niet weg dat in de Deense praktijk zeer terughoudend wordt omgegaan met vernietiging van het besluit tot nationale fusie en splitsing van de algemene vergadering op basis van § 109 Danish Companies Act – met daarin algemene regels betreffende de vernietiging van besluiten – en vernietiging van het besluit tot grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende splitsing voor onmogelijk wordt gehouden in de Deense praktijk.

In de Duitse wetgeving is vernietiging en het invoeren van nietigheid van nationale en grensoverschrijdende fusie en nationale splitsing in het geheel uitgesloten op basis van § 20, respectievelijk § 131 Umwandlungsgesetz. Door de inschrijving van een fusie of splitsing worden alle eventuele gebreken in het fusie- of splitsingsproces geheeld. In het Duitse recht wordt dit ook wel aangeduid als ‘Heilungswirkung’. Ik zie niet in waarom de uitsluiting van vernietiging en nietigheid niet zou gelden voor grensoverschrijdende splitsingen vanuit het oogpunt van het Duitse recht.

7.13.4 Conclusies en aanbevelingen

Een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging kan aan nietigheid, vernietiging of non-existentie onderworpen zijn, indien één van de staten waarvan het recht van toepassing is op de bij de splitsing betrokken vennootschappen de mogelijkheid tot het invoeren van nietigheid, vernietiging of non-existentie van nationale splitsing kent. De cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen brengt dat met zich. Vonnissen inhoudende vernietiging of vaststelling van nietigheid van grensoverschrijdende splitsing zullen in andere lidstaten moeten worden erkend op basis van artikel 33 EEX-Verordening.

Het behoeft geen betoog dat de situatie waarin een grensoverschrijdende splitsing nietig is, vernietigd kan worden of non-existent is, verre van ideaal is. De gevolgen

van nietigheid, vernietiging of non-existentie van een nationale splitsing zijn al verstrekkend, nietigheid, vernietiging of non-existentie van een grensoverschrijdende splitsing zou nog verstrekkender gevolgen hebben. Bovendien kunnen de begrippen ‘nietigheid’, ‘vernietiging’ en non-existentie in de lidstaten een verschillende betekenis hebben. Deze begrippen zijn immers niet geharmoniseerd in enige wetgeving op unieniveau. Het is daarom niet voor niets dat de Europese wetgever in artikel 17 Tiende richtlijn de mogelijkheid tot vernietiging en het inroepen van nietigheid van een grensoverschrijdende fusie dwingendrechtelijk heeft uitgesloten. Dat zou naar mijn mening ook moeten gebeuren in een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau. Daarin moet dat ook worden bepaald dat een grensoverschrijdende splitsing niet non-existent kan zijn indien de betreffende autoriteiten in de betrokken lidstaten hun controlerende taken hebben uitgeoefend en dat een grensoverschrijdende splitsing niet op andere gronden, zoals op grond van de actio Pauliana, kan worden vernietigd. Met zo een regeling wordt tegemoet gekomen aan de bezwaren die kleven aan vernietiging van grensoverschrijdende splitsing. Bovendien wordt op die manier een gelijke behandeling van zowel grensoverschrijdende fusie als grensoverschrijdende splitsing bewerkstelligd.

7.14 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk is het conflictenrecht betreffende grensoverschrijdende splitsing uiteengezet, uitgesplitst per deelonderwerp van de fase voorafgaande aan de grensoverschrijdende splitsing, de procedure tot grensoverschrijdende splitsing en de gevolgen van grensoverschrijdende splitsing.

In onderstaande tabel zijn de in dit hoofdstuk beschreven conflictregels samengevat. In de eerste kolom staat ieder (deel)onderwerp betreffende grensoverschrijdende splitsing beschreven. In de kolom rechts daarvan staat de op dat (deel)onderwerp toepasselijke conflictregel beschreven, bestaande uit (i) een cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap én het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen), dan wel (ii) een gedifferentieerd cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap én de verkrijgende vennootschap(pen), waarbij iedere vennootschap de eigen *lex societatis* toepast, dan wel (iii) een enkele toepassing van hetzij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, hetzij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap.

In de derde kolom staat beschreven welke aanvullende handelingen verricht moeten worden of welke regels aanvullend toegepast moeten worden bij uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging. In de vierde kolom staat beschreven welke acties op legislatief terrein noodzakelijk zijn voor toekomstige wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing. Na de tabel staan de aanbevelingen betreffende toekomstige wetgeving opgesomd.

Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
1.	Periode voorafgaande aan start procedure tot grensoverschrijdende splitsing		
1.1.	Objectieve verwijzingsregels Rome I-Verordening of het krachtens geldige rechtskeuze aangewezen toepasselijke recht.	Neen.	Neen.
2.	Interne voorbereiding tot grensoverschrijdende splitsing		
2.1.	De inhoud van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing.	Ja, extra gegevens vermelden, zoals ook bij het voorstel tot grensoverschrijdende fusie het geval is.	Ja, een regeling op unie- of nationaal niveau zou moeten voorschrijven dat het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing meer gegevens moet bevatten dan het voorstel tot nationale splitsing. Aangesloten kan worden bij artikel 5 Tiende richtlijn.
2.2.	Taal van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing.	Recht splitsende vennootschap en recht verkrijgende vennootschap, cumulatief.	Neen.

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
2.3.	Ondertekening van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing.	Recht splitsende vennootschap en recht verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Neen.	Neen.
2.4.	Vormvoorschriften ten aanzien van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing.	Recht splitsende vennootschap en recht verkrijgende vennootschap, cumulatief.	Toepassing van het recht van de staat dat op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen van toepassing is dat het strengste vormvoorschrift kent.	Ja, ten aanzien van de vorm van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing aanwijzing van het recht dat het strengste voorschrift bevat.
2.5.	Toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing.	Recht splitsende vennootschap en recht verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Neen.	Neen.
2.6.	Tussentijdse vermogensopstelling.	Recht splitsende vennootschap en recht verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Neen.	Neen.

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
2.7.	De aanwijzing en taak van accountants, onder te verdelen in:			
2.7.a.	Het aantal accountants bij grensoverschrijdende splitsing voor iedere vennootschap afzonderlijk.	Recht splitsende vennootschap en recht verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Voor iedere vennootschap maximaal één accountant aanwijzen overeenkomstig lex societatis van de vennootschap waarop de accountant toezicht moet uitoefenen. Analoge toepassing van artikel 8 lid 1 Tiende richtlijn.	Op unieniveau: opnemen van een vergelijkbare bepaling als artikel 8 lid 1 Tiende richtlijn.
2.7.b.	Goedkeuring / aanwijzing van één accountant voor grensoverschrijdende splitsing van naamloze vennootschappen.	Recht splitsende vennootschap of recht verkrijgende vennootschap, forumkeuze mogelijk.	Analoge toepassing artikel 8 lid 2 Tiende richtlijn.	Op unieniveau: opnemen van een vergelijkbare bepaling als artikel 8 lid 2 Tiende richtlijn.
2.7.c.	De verklaring van de accountant ten aanzien van de ruilverhouding.	Recht splitsende vennootschap en recht verkrijgende vennootschap, cumulatief.	Neen.	Neen.
2.7.d.	Het verslag van de accountant.	Recht splitsende vennootschap en recht verkrijgende vennootschap, cumulatief.	Neen.	Neen.

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
2.7.e.	Verklaringen die zien op kapitaalbescherming, zoals de 'ten minste verklaring' in de zin van artikel 2:334aa lid 2 BW en de inbrengverklaring in de zin van artikel 2:334bb BW.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Geen regels van kapitaalbescherming toepassen op door het recht van andere lidstaten beheerste vennootschappen. Bij een inbound-grensoverschrijdende splitsing moet de 'ten minste verklaring' tevens zien op de aan minderheidsaandeelhouders te betalen schade-loosstellingen.	De nationale wetgevingen moeten voorzien in aanpassingen voor grensoverschrijdende gevallen, binnen het kader van de Tweede richtlijn.
2.7.f.	De mogelijkheid en de wijze waarop kan worden afgezien van accountantsverklaringen.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Geen mogelijkheid af te zien van accountantsverklaringen indien voor alle bij de splitsing betrokken vennootschappen slechts één accountant is aange- wezen.	Neen.

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
2.8.	Publicatie van documenten, zoals het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, jaarsrekeningen en verslagen, tussentijdse vermogensopstellingen.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Ja, publicatie ten kantore van de vennootschap ook ten behoeve van de ondernemingsraad of voor de werknemers van de vennootschap, naar analogie met artikel 2:333f BW.	Op unieniveau: opnemen van een vergelijkbare bepaling als artikel 7 Tiende richtlijn.
2.9.	Aankondiging van publicatie van documenten.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Ja, voor Nederlandse vennootschap betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing tevens aankondiging in de Staatscourant, naar analogie met artikel 2:333e BW.	Neen.
2.10.	Inlichtingenplicht betreffende wijzigingen in activa en passiva.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Neen.	Neen.

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
2.11.	Besluitvorming tot grensoverschrijdende splitsing, onder te verdelen in:			
2.11.a.	Het besluit tot grensoverschrijdende splitsing.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Neen.	Neen.
2.11.b.	Vaststelling van de (gewijzigde) statuten van de nieuw op te richten verkrijgende vennootschap.	Recht van de splitsende vennootschap.	Neen.	Neen.
3.	De positie van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing			
3.1.	Bescherming van crediteuren bij een grensoverschrijdende splitsing.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, cumulatief.	Ja, bescherming van de splitsende, respectievelijk verkrijgende vennootschap (pen) ook openstellen voor crediteuren van verkrijgende vennootschap(pen), respectievelijk splitsende vennootschap.	Ja, harmonisatie op unie-niveau noodzakelijk, met voorkeur voor systeem van combinatie van ex-ante en ex-post bescherming.

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
4.	De positie van (minderheids)aandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Ja, naast uittreedrecht artikel 2:334ee1 BW toepassen van 'eigen gecreëerde uittreedregeling' voor houders van 'gewone' aandelen bij outbound-grensoverschrijdende splitsing. Schadeloosstelling moet ten laste komen van de splitsende vennootschap.	Ja, regeling op unieniveau moet overeenstemmen met artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn. Bij de implementatie van deze regeling in nationale wetgeving, moet de Nederlandse wetgever een recht op schadeloosstelling opnemen voor houders van gewone aandelen die zich als minderheid tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben verzet. Een voorziening moet opgenomen worden ter voorkoming van een ongewenste cumulatie met artikel 2:334ee1 BW. Een uitzondering moet gelden op het beginsel van totale uittreed van een aandeelhouder indien die aandeelhouder naast ge-
4.1.	Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij een grensoverschrijdende splitsing.			

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
5.	De positie van werknemers bij grensoverschrijdende splitsing			
5.1.	Bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij een grensoverschrijdende splitsing.	Primair wordt de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap beheerst door het recht van de verkrijgende vennootschap. Maatregelen tot behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing worden beheerst door het recht van de splitsende vennootschap. De uitwerking van maatregelen tot behoud van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap moeten worden neergelegd in de statuten van iedere verkrijgende vennootschap.	Ja, toepassen artikel 16 Tiende richtlijn naar analogie. In principe geldt de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van de lex societatis van iedere verkrijgende vennootschap, tenzij (i) bij de splitsende vennootschap in de zes maanden voorafgaande aan de bekendmaking van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing geïmmediëerd meer dan vijfhonderd werknemers werkzaam zijn en de vennootschap een stelsel van vennootschapsrechtelijke	Toepassing van artikel 16 Tiende richtlijn naar analogie, inhoudende dat: (1) in principe geldt de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van het recht dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap, tenzij: 2. (ii) bij de splitsende vennootschap in de zes maanden voorafgaande aan de neerlegging van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing meer dan vijfhonderd werknemers werkzaam zijn en de splitsende vennootschap een vorm van vennoot-

Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
		<p>medezeggenschap kent, <i>of</i> (ii) de lex societatis van de verkrijgende vennootschap (pen) niet voorziet of voorzien in hetzelfde niveau van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap als de splitsende vennootschap, gemeten naar het absolute werknemersaantal in het toezichthoudend orgaan of het bestuursorgaan, <i>of</i> (iii) de lex societatis van de verkrijgende vennootschap (pen) wel vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent of kennen, maar die rechten van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap niet toekent aan werknemers van vestigingen in andere lidstaten van</p>	<p>schapsrechtelijke medezeggenschap kent, dan wel: (ii.a) na de splitsing in één of meerdere verkrijgende vennootschappen vennootschapsrechtelijke medezeggenschap op een lager niveau plaatsvindt dan voor de grensoverschrijdende splitsing het geval was, of 2.2. (ii.b) de regeling omtrent vennootschapsrechtelijke medezeggenschap geen extraterritoriale werking heeft in die zin dat deze ook ziet op werknemers van filialen in andere lidstaten van de vennootschap. De Bijzondere Onderhandelingsgroep (BOG) zal geforceerd moeten worden uit de werknemers die na de split-</p>

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
			<p>die verkrijgende vennootschap.</p> <p>Zowel door de werknemers als door de bij de splitsing betrokken vennootschappen moet kunnen worden afgezien van onderhandelingen.</p> <p>De Bijzondere Onderhandelingsgroep (BOG) zal geformeerd moeten worden uit de werknemers die na de splitsing werkzaam zullen zijn bij de betreffende verkrijgende vennootschap, mede omvattende de reeds werkzame werknemers van de verkrijgende vennootschap indien die vennootschap reeds bestaat.</p> <p>Bestaat de verkrijgende vennootschap reeds, dan kan de BOG onderhandelen met het bestuur van die verkrijgende vennootschap, wordt de verkrijgende vennootschap in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw opgericht, dan zullen de onderhandelingen moeten plaatsvinden tussen de BOG en het bestuur van de splitsende vennootschap namens de in het kader van de grensover-</p>	<p>sing werkzaam zullen zijn bij de betreffende verkrijgende vennootschap, mede omvattende de reeds werkzame werknemers van de verkrijgende vennootschap indien die vennootschap reeds bestaat.</p> <p>Bestaat de verkrijgende vennootschap reeds, dan kan de BOG onderhandelen met het bestuur van die verkrijgende vennootschap, wordt de verkrijgende vennootschap in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw opgericht, dan zullen de onderhandelingen moeten plaatsvinden tussen de BOG en het bestuur van de splitsende vennootschap namens de in het kader van de grensover-</p>

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
			<p>bestuur van die verkrijgende vennootschap, wordt de verkrijgende vennootschap in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw opgericht, dan zullen de onderhandelingen moeten plaatsvinden tussen de BOG en het bestuur van de splitsende vennootschap namens de in het kader van de grensoverschrijdende splitsing op te richten verkrijgende vennootschap.</p> <p>De BOG moet kunnen afzien van het voeren van onderhandelingen, met als resultaat dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van het recht dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap geldt.</p>	<p>schrijdende splitsing op te richten verkrijgende vennootschap.</p> <p>De BOG moet kunnen afzien van het voeren van onderhandelingen, met als resultaat dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van het recht dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap geldt.</p> <p>Het bestuur moet eveneens de mogelijkheid hebben af te zien van onderhandelingen, met als resultaat dat de referentievoorschriften als bedoeld in Richtlijn 2001/86/EG van toepassing zijn.</p> <p>Gesancioneerd moet worden dat de onderhandelingen opnieuw moeten worden ge-</p>

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
			Het bestuur moet eveneens de mogelijkheid hebben af te zien van onderhandelingen, met als resultaat dat de referentievoorschriften als bedoeld in Richtlijn 2001/86/EG van toepassing zijn.	start indien binnen drie jaren na het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing een nationale of grensoverschrijdende fusie of splitsing wordt uitgevoerd. Dat is in overeenstemming met artikel 16 lid 7 Tiende richtlijn.
6.	De rol van de autoriteiten in de outbound-lidstaat.	bij grensoverschrijdende splitsing		
6.1.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Ja, de Nederlandse notaris oefent toezicht uit op de rechtmatigheid van de procedure tot grensoverschrijdende splitsing dat betrekking heeft op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap die wordt beheerd door Nederlands recht (bij een outbound-grensoverschrijdende splitsing).	Ja, een unierechtelijk kader gelijk aan artikel 10 Tiende richtlijn moet gecreëerd worden, op basis waarvan de autoriteit in de outbound-lidstaat een attest moet afgeven.	

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
6.2.	De rol van de autoriteiten in de inbound-lidstaat.	Recht van de verkrijgende vennootschap.	Ja, de Nederlandse notaris ziet toe op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing en de eventuele oprichting van een nieuwe, door Nederlands recht beheerste vennootschap.	Ja, een unierechtelijk kader gelijk aan artikel 11 Tiende richtlijn moet gecreëerd worden op basis waarvan de autoriteit in de inbound-lidstaat moet toezien op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing en de eventuele oprichting van een nieuwe vennootschap in dat kader.
7.	Het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing			
7.1.	Het juridisch van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing.	Voorkeur voor toepassing recht van de splitsende vennootschap.	Ja, aansluiting zoeken bij het recht van de splitsende vennootschap. Levert dit strijd op met dwingende bepalingen van het recht van de verkrijgende vennootschap, dan aansluiting zoeken bij dat recht. Te allen tijde zal moeten worden nagestreefd dat de grensoverschrijdende splitsing op één moment ten aanzien van alle betrokkenen grensoverschrijdende splitsing	Een regeling op unieniveau moet een conflicregel bevatten inhoudende dat een grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt op het moment zoals bepaald in het recht van de splitsende vennootschap. Op die manier wordt de grensoverschrijdende splitsing op één moment ten aanzien van alle vennootschappen betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
7.2.	Het economisch van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, cumulatief.	sing betrokken vennootschappen juridisch van kracht wordt.	van kracht. De Nederlandse wetgeving omtrent (grensoverschrijdende) juridische splitsing moet worden gewijzigd, zodat splitsingen onder voorwaarde of tijdsbepaling van kracht kunnen worden. De Zesde richtlijn zou hiertoe dwingend kunnen worden gemaakt.
	Het economisch van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, cumulatief.	Ja, in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing moet worden opgenomen wanneer de grensoverschrijdende splitsing economisch van kracht wordt. Terugwerkende kracht is mogelijk, wanneer dat is toegestaan krachtens het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is	Een regeling op unieniveau zou moeten bepalen dat splitsingen onder voorwaarde of tijdsbepaling economisch van kracht kunnen worden. De Zesde richtlijn zou hiertoe dwingend kunnen worden gemaakt.

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
7.3.	Het boekhoudkundig van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, cumulatief.	op de verkrijgende vennootschap(pen). Ja, in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing moet worden opgenomen wanneer de grensoverschrijdende splitsing boekhoudkundig van kracht wordt. Terugwerkende kracht is mogelijk, wanneer dat is toegestaan krachtens het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen).	Een regeling op unieniveau zou moeten bepalen dat splitsingen onder voorwaarde of tijdsbepaling boekhoudkundig van kracht kunnen worden. De Zesde richtlijn zou hiertoe dwingend kunnen worden gemaakt.

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
8.	Inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing in registers.	Inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing in registers.	Inschrijving van de splitsing ten aanzien van de splitsende vennootschap	In een richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing gelijk aan artikel 13 lid 2
8.1.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd cumulatief.	Ja, inschrijving van de splitsing ten aanzien van de splitsende vennootschap niet eerder dan inschrijving van de splitsing ten aanzien van alle verkrijgende vennootschap(pen).	Ja, een bepaling in een richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing gelijk aan artikel 13 lid 2	Tiende richtlijn is noodzakelijk, om te waarborgen dat de grensoverschrijdende splitsing ten aanzien van de splitsende vennootschap pas wordt ingeschreven als de grensoverschrijdende splitsing is ingeschreven ten aanzien van de verkrijgende vennootschap(pen).
9.	De vermogensovergang onder algemene titel	De vermogensovergang onder algemene titel		
9.1.	Recht van de splitsende vennootschap.	Recht van de splitsende vennootschap.	Neen.	Ja, op unieniveau moet een (supranationaal) begrip van vermogensovergang bij fusie en splitsing geformuleerd worden.

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
9.2.	Voorziening voor het geval niet aan de hand van de beschrijving kan worden bepaald welke vennootschap rechthebbende is.	Recht van de splitsende vennootschap.	Neen.	Neen.
9.3.	Overgang rechtsverhoudingen.	Recht van de splitsende vennootschap.	Neen.	Neen.
9.4.	Overgang schulden en omvang van daaruit voortvloeiende aansprakelijkheden.	Recht van de splitsende vennootschap.	Neen.	Ja, volledige harmonisatie betreffende aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschappen voor schulden.
10.	De toekenning van aandelen	De toekenning van aandelen	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
10.1.	De toekenning van aandelen.	Recht van de verkrijgende vennootschap.	Neen.	Neen.
10.2.	Overgang beperkte rechten op aandelen.	Recht van de verkrijgende vennootschap.	Separate vestiging pandrecht en vruchtgebruik op toegekende aandelen in verkrijgende vennootschap is noodzakelijk.	Goederenrechtelijke harmonisatie op dit terrein gewenst.

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
10.3.	De toekenning van bijzondere rechten (niet zijnde aandelen).	Recht van de verkrijgende vennootschap.	Neen.	Neen.
10.4.	Overgang beperkte rechten op bijzondere rechten (niet zijnde aandelen).	Recht van de verkrijgende vennootschap.	Separate vestiging pandrecht en vruchtgebruik op toegekende bijzondere rechten (niet zijnde aandelen) in verkrijgende vennootschap is noodzakelijk.	Goederenrechtelijke harmonisatie op dit terrein gewenst.
11.	Aansprakelijkheid verkrijgende vennootschap(en) en voortbestaande splitsende vennootschap voor verbintenissen splitsende vennootschap			
11.1.	Aansprakelijkheid verkrijgende vennootschap(en) en voortbestaande splitsende vennootschap voor verbintenissen splitsende vennootschap.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, gedifferentieerd curatief.	Neen.	Neen.
11.2.	Bedrag waarvoor verkrijgende vennootschap(en) en de voortbestaande splitsende vennootschap aansprakelijk zijn.	Recht van de splitsende vennootschap.	Neen.	Ja, op unieniveau moet voorzien worden in volledige harmonisatie, zodat de aansprakelijkheid voor verkrijgende vennootschap

	Onderwerp	Toepasselijk recht en wijze van toepassing	Extra regels toepassen bij grensoverschrijdende splitsing	Acties op legislatief terrein noodzakelijk
12.	Nulliteiten			(pen) en voortbestaande splitsende vennootschap ofwel beperkt is tot het bij de splitsing verkregen netto-actief vermogen, dan wel onbeperkt is.
12.1.	Vernietiging, het oproepen van nietigheid of non-existentie van een grensoverschrijdende splitsing.	Recht van de splitsende vennootschap en recht van de verkrijgende vennootschap, cumulatief.	Ja, vernietiging, het oproepen van nietigheid of non-existentie van een grensoverschrijdende splitsing moet zo veel als mogelijk worden voorkomen.	Ja, op unierechtelijk niveau moet de vernietiging, het oproepen van nietigheid en non-existentie van grensoverschrijdende splitsing uitgesloten worden.

Aanbevelingen

1. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unie- of nationaal niveau zou moeten voorschrijven dat het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing meer gegevens moet bevatten dan het voorstel tot nationale splitsing. Hierbij kan aangesloten worden bij artikel 5 Tiende richtlijn.
2. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unie- of nationaal niveau zou moeten voorschrijven dat, wat betreft de vorm van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, de *lex societatis* van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen dat het strengste voorschrift bevat, van toepassing is.
3. Ten aanzien van de rol van de deskundige (accountant) bij grensoverschrijdende splitsing moet in een regeling op unieniveau een bepaling vergelijkbaar met artikel 8 lid 1 Tiende richtlijn worden opgenomen.
4. In geval van een outbound-grensoverschrijdende splitsing moet de Nederlandse wetgever bepalen dat de ‘ten minste verklaring’ tevens ziet op de aan minderheidsaandeelhouders te betalen schadeloosstellingen.
5. Bij een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing, moet de werking van artikel 2:334aa lid 2 BW en artikel 2:334bb BW beperkt worden tot de door Nederlands recht beheerste vennootschappen die betrokken zijn bij de grensoverschrijdende splitsing.
6. Publicatie van documenten voor de grensoverschrijdende splitsing ten kantore van de vennootschap moet ook geschieden ten behoeve van de ondernemingsraad of voor de werknemers van de vennootschap, naar analogie met artikel 7 Tiende richtlijn.
7. Bij een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing moet ten aanzien van de door Nederlands recht beheerste vennootschap die betrokken is bij de grensoverschrijdende splitsing bepaald worden dat de grensoverschrijdende splitsing, naar analogie met artikel 2:333e BW, wordt aangekondigd in de Staatscourant, dan wel via een nieuw daartoe in te richten digitaal platform.
8. Bij een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op nationaal niveau zou de mogelijkheid voor crediteuren in verzet te komen tegen de grensoverschrijdende splitsing opengesteld moeten worden voor crediteuren van verkrijgende vennootschap(pen), respectievelijk splitsende vennootschap.
9. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau zou moeten voorzien in volledige harmonisatie betreffende stelsels van crediteurenbescherming. Hierbij bestaat een voorkeur voor een systeem van combinatie van ‘ex-ante’ en ‘ex-post’ bescherming. In dat kader zouden ook de regels betreffende crediteurenbescherming bij nationale fusie, nationale splitsing en grensoverschrijdende fusie geharmoniseerd kunnen worden.
10. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet wat betreft de bescherming van minderheidsaandeelhouders die zich als minderheid tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben verzet, overeenstemmen met artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn. Bij de implementatie van deze regeling in

nationale wetgeving moet de Nederlandse wetgever een recht op schadeloosstelling opnemen voor houders van gewone aandelen die zich als minderheid tegen de grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap hebben verzet. Een voorziening moet opgenomen worden ter voorkoming van een ongewenste cumulatie met artikel 2:334ee1 BW. Een uitzondering moet gelden op het beginsel van volledige uittreding door een aandeelhouder indien die aandeelhouder naast gewone aandelen ook aandelen zonder stemrecht en/of winstrecht houdt. Het recht op schadeloosstelling hoeft niet te gelden voor het geval van de grensoverschrijdende toepassing van de hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW en de grensoverschrijdende inbound-driehoekssplitsing, waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap splitst en niet de verkrijgende, door het recht van een andere staat beheerste vennootschap aandelen toekent, maar een door Nederlands recht beheerste groepsmaatschappij van die verkrijgende vennootschap.

11. Ter voorkoming van obstakels bij de uitvoering van grensoverschrijdende splitsing, zou de bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, zoals bijvoorbeeld in het geval van grensoverschrijdende fusie thans is opgenomen in artikel 16 Tiende richtlijn, zo veel als mogelijk moeten worden vermeden.
12. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau aansluiten bij artikel 16 Tiende richtlijn wat betreft de gevallen waarin over vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap onderhandeld moet worden. Daardoor bestaat een consistente benadering ten aanzien van bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende herstructureringen.
13. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet bepaald worden dat een Bijzondere Onderhandelingsgroep (BOG) geformeerd wordt uit de werknemers die na de splitsing werkzaam zullen zijn bij de betreffende verkrijgende vennootschap, mede omvattende de reeds werkzame werknemers van de verkrijgende vennootschap indien die verkrijgende vennootschap reeds bestaat.
14. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau in het kader van bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing bepalen dat onderhandelingen plaatsvinden met het bestuur van iedere verkrijgende vennootschap. Wordt de verkrijgende vennootschap in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw opgericht, dan moet de regeling bepalen dat onderhandelingen moeten plaatsvinden tussen de BOG en het bestuur van de splitsende vennootschap namens de in het kader van de grensoverschrijdende splitsing op te richten verkrijgende vennootschap.
15. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet een regeling

omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau in het kader van bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing bepalen dat de BOG moet kunnen afzien van het voeren van onderhandelingen, met als resultaat dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van het recht van de staat dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap geldt.

16. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau in het kader van bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing bepalen dat het bestuur van de splitsende vennootschap – indien de verkrijgende vennootschap(en) in het kader van de splitsing nieuw wordt of worden opgericht –, dan wel het bestuur of de besturen van de verkrijgende vennootschap(en) – indien de verkrijgende vennootschap(en) reeds bestaan – de mogelijkheid heeft of hebben af te zien van onderhandelingen met de BOG, met als resultaat dat de referentievoorschriften als bedoeld in Richtlijn 2001/86/EG van toepassing zijn.
17. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau in het kader van bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing bepalen dat onderhandelingen over vennootschapsrechtelijke medezeggenschap opnieuw moeten worden gestart indien binnen drie jaren na het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing een nationale of grensoverschrijdende fusie of splitsing wordt uitgevoerd. Dat is in overeenstemming met artikel 16 lid 7 Tiende richtlijn.
18. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet bepalen dat een door een lidstaat aan te wijzen autoriteit in de outbound-lidstaat een attest moet afgeven.
19. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet bepalen dat een door een lidstaat aan te wijzen autoriteit in de inbound-lidstaat moet toezien op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing en de eventuele oprichting van een nieuwe vennootschap in dat kader.
20. De Nederlandse wetgeving omtrent (grensoverschrijdende) splitsing moet worden gewijzigd, zodat nationale en grensoverschrijdende splitsingen onder voorwaarde of tijdsbepaling van kracht kunnen worden. De Zesde richtlijn zou hiertoe dwingend kunnen worden gemaakt.
21. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet bepalen dat een grensoverschrijdende splitsing in principe van kracht wordt op het moment zoals dat is bepaald in het recht van de staat dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, tenzij is bepaald dat de grensoverschrijdende splitsing onder voorwaarde of tijdsbepaling van kracht wordt.

22. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet bepalen dat de grensoverschrijdende splitsing ten aanzien van de splitsende vennootschap pas wordt ingeschreven als de grensoverschrijdende splitsing is ingeschreven ten aanzien van de verkrijgende vennootschap(pen). Hierbij kan aangesloten worden bij de systematiek van 13 lid 2 Tiende richtlijn.
23. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet voorzien in de formulering van een unierechtelijk begrip van ‘vermogensovergang’ bij grensoverschrijdende splitsing. Dat begrip kan ook worden gehanteerd bij grensoverschrijdende fusie.
24. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet voorzien in een dwingend raamwerk betreffende de vestiging van vergelijkbare beperkte rechten op de door de verkrijgende vennootschap(pen) toegekende aandelen en bijzondere rechten, indien de aandelen en bijzondere rechten in de splitsende vennootschap bezwaard waren met dat soort beperkte rechten.
25. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet voorzien in volledige harmonisatie betreffende de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) en de voortbestaande splitsende vennootschap voor verbintenissen van de splitsende vennootschap, zodat deze aansprakelijkheid ofwel beperkt is tot het bij de splitsing verkregen netto-actief vermogen, dan wel onbeperkt is.
26. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet voorzien in de uitsluiting van de mogelijkheid tot vernietiging of het inroepen van nietigheid van grensoverschrijdende splitsing. Deze uitsluiting moet niet alleen zien op de uitsluiting van de beperkte vernietigingsgronden zoals die zijn opgenomen in artikel 19 Zesde richtlijn, maar ook op de uitsluiting van andere vernietigingsgronden – zoals de actio pauliana – of mogelijkheden de nietigheid van een grensoverschrijdende splitsing in te roepen.
27. Non-existentie van grensoverschrijdende splitsing – als separaat begrip naast de vaststelling van nietigheid of vernietiging van grensoverschrijdende splitsing – moet zo veel mogelijk worden teruggedrongen.
28. Gesteld dat in een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing wel ruimte zou zijn voor non-existentie, dan moet worden bepaald dat een grensoverschrijdende splitsing slechts non-existent is wanneer een grensoverschrijdende splitsing niet voldoet aan nauwkeurig limitatief omschreven en op EU-niveau geharmoniseerde ‘wezenskenmerken’. Die ‘wezenskenmerken’ zouden zich dan moeten beperken tot de specifieke kenmerken van grensoverschrijdende splitsing, zoals (i) de betrokkenheid van slechts één (en niet meerdere) splitsende vennootschap(pen) bij een grensoverschrijdende splitsing, (ii) de overgang onder algemene titel en (iii) de goedkeuring van de autoriteiten in de outbound- en inbound-lidstaat. Bovendien moet in dat geval bepaald worden dat de non-existentie slechts kan worden vastgesteld door een rechter, zoals bij inroepen van nietigheid het geval zou zijn.

HOOFDSTUK 8

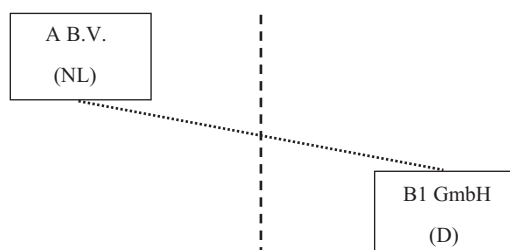
SAMENVATTING, CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

8.1 Inleiding

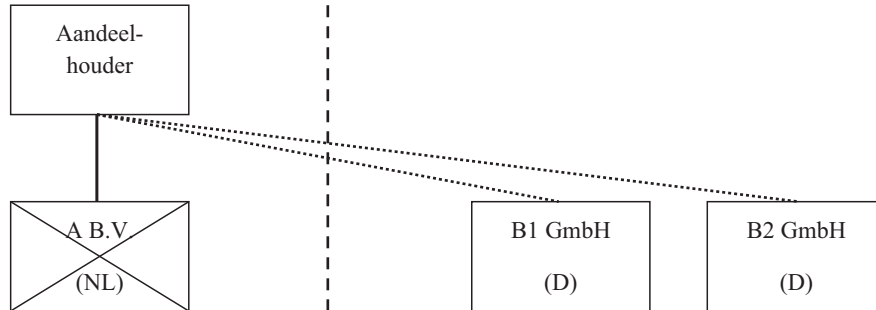
In dit proefschrift heb ik onderzocht of binnen de lidstaten van de EU/EER (i) de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing vanuit juridisch oogpunt en oogpunt van kostenefficiëntie meerwaarde heeft ten opzichte van andere vormen van herstructurering, (ii) grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar is, (iii) welke conflictenrechtelijke beginselen gehanteerd kunnen worden bij grensoverschrijdende splitsing, (iv) welke vormen van grensoverschrijdende splitsing mogelijk zijn en (v) hoe het conflictenrecht bij en de procedure tot grensoverschrijdende splitsing eruit ziet. Dit hoofdstuk bevat een samenvatting, conclusies, antwoorden op de in de Inleiding geformuleerde onderzoeksvragen en aanbevelingen.

In dit proefschrift versta ik onder *grensoverschrijdende juridische splitsing* de splitsing waarbij een overgang van activa en passiva onder algemene titel plaatsvindt van de splitsende entiteit op de – al dan niet in het kader van de splitsing nieuw op te richten – verkrijgende entiteit(en), waarbij door de verkrijgende entiteit (en) aandelen of lidmaatschapsrechten worden toegekend aan de aandeelhouders of leden van de splitsende entiteit en ten gevolge waarvan de splitsende entiteit van rechtswege ophoudt te bestaan (bij zuivere splitsing), dan wel blijft voortbestaan (bij afsplitsing). In onderstaande voorbeelden zijn enkele vormen van grensoverschrijdende splitsing schematisch weergegeven:

Voorbeeld 1: *Grensoverschrijdende afsplitsing van A B.V. (NL), waarbij een vennootschap, B1 GmbH (D), die al dan niet in het kader van de grensoverschrijdende afsplitsing nieuw wordt opgericht, vermogen van A B.V. (NL) onder algemene titel verkrijgt*



Voorbeeld 2: Grensoverschrijdende zuivere splitsing van A B.V. (NL), waarbij twee vennootschappen, B1 GmbH (D) en B2 GmbH (D), die al dan niet in het kader van de splitsing nieuw worden opgericht, vermogen van A B.V. (NL) onder algemene titel verkrijgen en waarbij B1 GmbH (D) en B2 GmbH (D) aandelen toekennen aan de aandeelhouder van A B.V. (NL) en waarbij A B.V. (NL) ophoudt te bestaan.

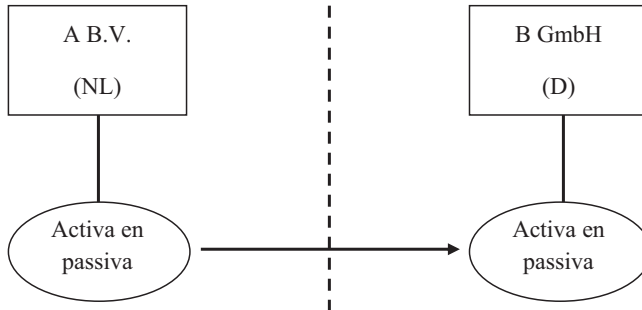


In het vervolg zal met ‘grensoverschrijdende splitsing’ telkens bedoeld worden: ‘grensoverschrijdende juridische splitsing’.

8.2 De meerwaarde van grensoverschrijdende splitsing ten opzichte van andere vormen van herstructurering

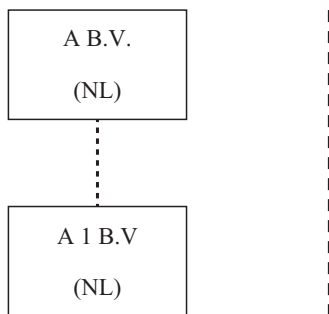
Voor grensoverschrijdende herstructureringsmethoden bestaan verschillende alternatieven, waarmee hetzelfde (eind)resultaat kan worden bereikt als met grensoverschrijdende splitsing. Voorbeelden hiervan zijn (i) de overdracht van activa en passiva onder bijzondere titel, (ii) de overdracht van aandelen in een (dochter)vennootschap onder bijzondere titel, (iii) grensoverschrijdende juridische fusie en (iv) grensoverschrijdende omzetting, al dan niet gecombineerd met andere herstructureringsmethoden, zoals een nationale splitsing in de outbound-lidstaat of een nationale fusie in de inbound-lidstaat. Deze alternatieven zijn hieronder schematisch weergegeven:

Alternatief 1: Overdracht activa en passiva onder bijzondere titel, waarbij A B.V. (NL) activa en passiva onder bijzondere titel overdraagt aan B GmbH (D).

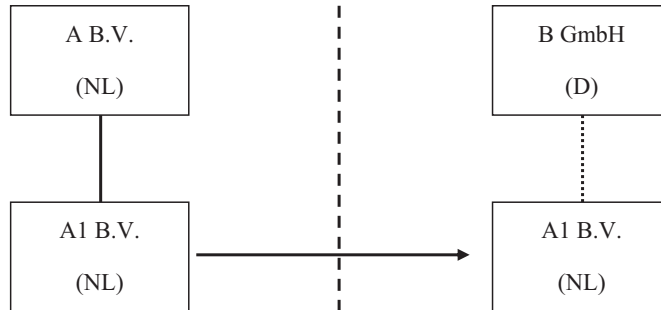


Alternatief 2: Stap 1: Oprichting dochtervennootschap A1 B.V. (NL) door A B.V. (NL), bijvoorbeeld in het kader van afsplitsing op de voet van artikel 2:334a lid 3 BW en artikel 2:334hh lid 1 BW, gevolgd door stap 2: overdracht aandelen A1 B.V. (NL) aan B GmbH (D) onder bijzondere titel.

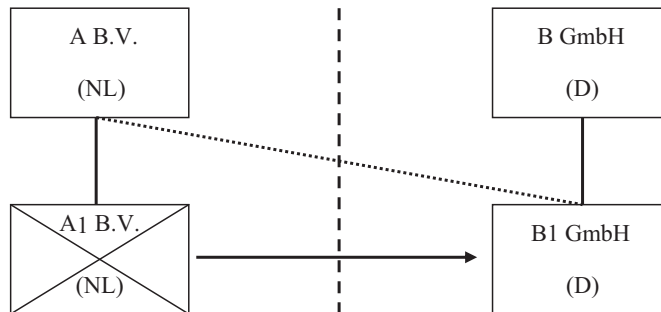
Stap 1: Oprichting A1 B.V. (NL).



Stap 2: Overdracht aandelen A1 B.V. (NL) aan B GmbH (D).

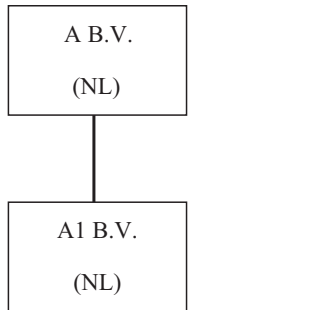


Alternatief 3: Na oprichting van A1 B.V. (NL), vindt een grensoverschrijdende fusie plaats met B1 GmbH (D), waarbij A1 B.V. (NL) ophoudt te bestaan. In het kader van de grensoverschrijdende fusie kent B1 GmbH (D) aandelen toe aan A B.V. (NL).

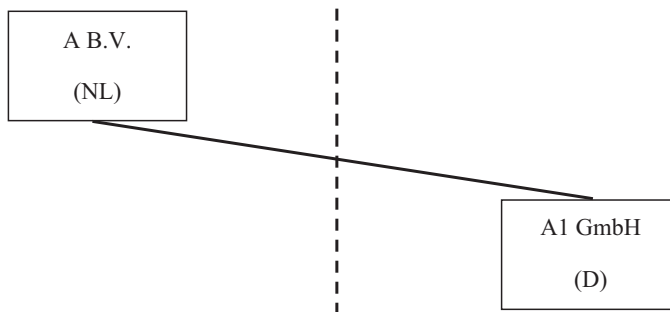


Alternatief 4: Na oprichting van A1 B.V. (NL), al dan niet in het kader van een afsplitsing op de voet van artikel 2:334a lid 3 BW en artikel 2:334hh lid 1 BW, wordt A1 B.V. (NL) grensoverschrijdend omgezet in een Duitse vennootschap, A1 GmbH (D).

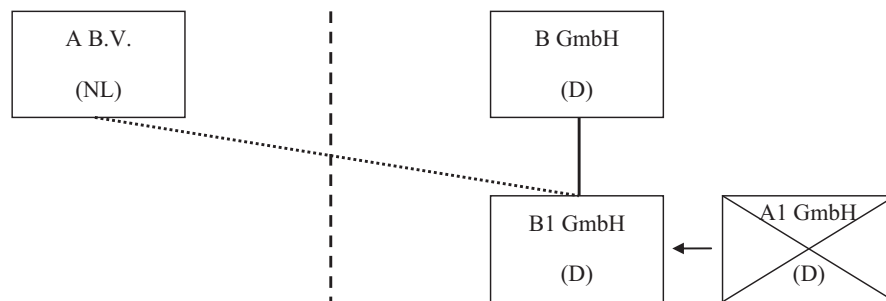
Situatie voor grensoverschrijdende omzetting:



Situatie na grensoverschrijdende omzetting:



Na de grensoverschrijdende omzetting vindt een nationale juridische fusie plaats in Duitsland, waarbij A1 GmbH (D) ophoudt te bestaan en B1 GmbH (D) optreedt als verkrijgende vennootschap. B1 GmbH (D) kent in het kader van de fusie aandelen toe aan de aandeelhouder van de A1 B.V. (NL), A B.V. (NL).



Reorganisatiemethoden die hun basis hebben in het recht van een andere staat ('reorganisatiemethoden naar vreemd recht') kunnen, al dan niet in combinatie met de hiervoor beschreven vormen van herstructurering, eveneens een alternatief vormen voor grensoverschrijdende splitsing.

Een voordeel van grensoverschrijdende splitsing ten opzichte van een samenstel van rechtshandelingen om hetzelfde resultaat te bereiken (zoals bijvoorbeeld een nationale splitsing gevolgd door een grensoverschrijdende fusie of een grensoverschrijdende omzetting), is dat een grensoverschrijdende splitsing slechts één rechtshandeling omvat, ten gevolge waarvan activa en passiva van rechtswege onder algemene titel overgaan van de splitsende entiteit op de – eventueel in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw op te richten – verkrijgende entiteit(en) en ten gevolge waarvan van rechtswege aandelen worden toegekend en eventueel een bijbetaling in geld plaatsvindt aan de aandeelhouder(s) van de splitsende entiteit. Alternatieven voor grensoverschrijdende splitsing omvatten meer rechtshandelingen.

Daarnaast heeft grensoverschrijdende splitsing ten opzichte van andere vormen van herstructurering *unieke karaktertrekken*. Ten opzichte van de overdracht van activa en passiva of aandelen onder bijzondere titel heeft grensoverschrijdende splitsing als voordeel de *vermogensovergang onder algemene titel*. Ten opzichte van grensoverschrijdende fusie verschilt grensoverschrijdende splitsing hierin dat grensoverschrijdende splitsing vanuit het perspectief van de splitsende vennootschap een *deconcentratie* van ondernemingsvermogen inhoudt en meerdere entiteiten als verkrijger kunnen optreden. Grensoverschrijdende fusie houdt een *concentratie* van ondernemingsvermogen in en er is slechts sprake van één verkrijgende vennootschap.

Ten opzichte van grensoverschrijdende omzetting verschilt grensoverschrijdende splitsing hierin dat grensoverschrijdende splitsing daadwerkelijk een *vermogensovergang* tot gevolg heeft, terwijl bij grensoverschrijdende omzetting in het geheel geen vermogensovergang plaatsheeft.

Naast de hierboven beschreven voordelen en bijzondere karaktertrekken van grensoverschrijdende splitsing ten opzichte van andere vormen van herstructurering of een samenstel van rechtshandelingen om hetzelfde resultaat als van een grensoverschrijdende splitsing te bereiken, past de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing ook perfect in het palet van grensoverschrijdende herstructureringen, waar grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende omzetting ook deel van uitmaken. Bovendien hoeven entiteiten, met toepassing van een grensoverschrijdende splitsing, geen of minder snel gebruik te maken van reorganisatiemethoden naar vreemd recht. Grensoverschrijdende toepassing van een reorganisatiemethode naar vreemd recht is slechts mogelijk als de rechtsstelsels van alle betrokken lidstaten die reorganisatiemethode kennen of, wanneer het recht dat die reorganisatiemethode niet kent, de betrokkenheid van een vennootschap bij zo een reorganisatiemethode niet belemmert of accepteert. Slechts dan kan een reorganisatiemethode naar vreemd recht gebruikt worden als alternatief voor de hiervoor beschreven herstructureringen.

De mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing levert economisch voordeel op voor ondernemingen van allerlei grootte. Zoals hiervoor reeds is aangegeven, biedt de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing als voordeel ten opzichte van andere herstructureringsmethoden dat volstaan kan worden met één rechtshandeling, terwijl voor alternatieven veelal meerdere rechtshandelingen nodig zijn. Op die manier kan een grensoverschrijdende splitsing een economisch voordeel opleveren, niet alleen omdat bespaard kan worden op adviseurs- en registratiekosten, maar ook omdat een grensoverschrijdende splitsing sneller kan worden geëffectueerd. Of in een specifiek geval grensoverschrijdende juridische splitsing – ook in economische zin – een alternatief is voor de overdracht van activa en passiva of aandelen onder bijzondere titel, grensoverschrijdende fusie of grensoverschrijdende omzetting, hangt onder meer af van (i) de activa en passiva die overgedragen worden, (ii) of het volgen van een (formele) procedure tot grensoverschrijdende splitsing opweegt tegen de meer flexibele overdracht onder bijzondere titel en niet in de laatste plaats (iii) de mogelijk negatieve fiscale gevolgen van een overdracht onder bijzondere titel – zoals het optreden van een belastbaar feit voor de heffing van overdrachtsbelasting in de zin van de Wet op belastingen van rechtsverkeer – tegenover de mogelijk gunstiger fiscale behandeling van grensoverschrijdende splitsing op basis van de implementatiewetgevingen die gebaseerd zijn op de Fiscale fusierichtlijn.¹

Met behulp van grensoverschrijdende splitsing wordt de toegang van ondernemingen tot economische markten van andere staten eenvoudiger en is het vermogen van de splitsende entiteit mobieler. Op die manier kan beter geprofiteerd worden van gunstiger economische, fiscale en/of geografische omstandigheden in andere (lid)staten en kan optimaal voorzien worden in de behoefte aan samenwerking en herstructurering.

Ook op macro-economisch niveau heeft grensoverschrijdende splitsing voordelen. Het ontbreken van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing binnen het palet van mogelijke grensoverschrijdende herstructureringen kan worden gezien als een imperfectie die in de weg staat aan het optimaal functioneren van een markt, zoals de interne markt van de lidstaten van de EU (artikel 26 VwEU). De mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing draagt bij aan een flexibel juridisch raamwerk dat ondernemingen een mogelijkheid biedt zich aan te passen aan nieuwe of hernieuwde marktomstandigheden.

Al deze voordelen in ogenschouw nemende, moet de eerste deelvraag van dit onderzoek ('Bestaat vanuit juridisch oogpunt en oogpunt van kostenefficiëntie behoefte aan de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische splitsing?')

1 Richtlijn 1990/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, PB L 225, 20.8.1990, p. 1.

positief beantwoord worden. Vanuit juridisch oogpunt en oogpunt van kosten-efficiëntie bestaat behoefte aan de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische splitsing.

8.3 De toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing

De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing gaat vooraf aan de vraag naar het recht dat van toepassing is op een grensoverschrijdende splitsing. De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing is een vraag die moet worden beantwoord aan de hand van het recht dat van toepassing is op iedere vennootschap die betrokken is bij een grensoverschrijdende splitsing, de *lex societatis*.

Indien het recht van een staat wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing bevat, kan eenvoudig aan de hand van die wetgeving worden bepaald of grensoverschrijdende splitsing vanuit het perspectief van die staat toelaatbaar is. De Luxemburgse, Finse en Deense wetgevingen bevatten regels omtrent grensoverschrijdende splitsing. Aan de hand van die bepalingen kan worden vastgesteld of grensoverschrijdende splitsingen vanuit Luxemburgs, Fins of Deens perspectief toelaatbaar zijn. Tevens kan aan de hand van die wetgevingen worden bepaald welke rechtsvormen betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing en welke varianten van splitsing grensoverschrijdend kunnen worden toegepast.

Indien een wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing ontbreekt, kan de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing niet worden beantwoord aan de hand daarvan. De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing moet in dat geval, indien het gaat om een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een lidstaat van de EU, beantwoord worden aan de hand van het EU-recht, de *vrijheid van vestiging*, zoals neergelegd in artikel 49 en artikel 54 VwEU en de uitleg van de vrijheid van vestiging die het Hof van Justitie van de EG/EU heeft gegeven aan de vrijheid van vestiging in het Sevic-arrest en het Vale-arrest. In het Sevic-arrest² uit 2005 overwoog het Hof van Justitie van de EG dat grensoverschrijdende fusies, evenals ‘*overige omzettingen van vennootschappen*’, beantwoorden aan de behoeften aan samenwerking en herstructurering van vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd en dat deze omzettingen van vennootschappen *bijzondere wijzen van uitoefening van de vrijheid van vestiging* vormen.

In de mij bekende en in het kader van dit onderzoek onderzochte literatuur die is verschenen naar aanleiding van het Sevic-arrest zijn de woorden ‘*overige omzettingen van vennootschappen*’ ruim uitgelegd, met name in de betekenis die deze woorden hebben in § 1 van het Duitse Umwandlungsgesetz, waarin naast fusie ook *splitsing* is geregeld. Uit een teleologische uitleg van de door het Hof van Justitie

2 HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03, SEVIC Systems, Jurisprudentie 2005, p. I-10805.

van de EG gebruikte woorden ‘overige omzettingen’ blijkt dat het Hof niet alleen (grensoverschrijdende) fusie op het oog heeft gehad, maar ook (grensoverschrijdende) splitsing. Grensoverschrijdende splitsing beantwoordt namelijk, net als grensoverschrijdende fusie, aan de behoeften aan samenwerking en herstructurering van vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Grensoverschrijdende splitsing vormt tevens een bijzondere wijze van de uitoefening van de vrijheid van vestiging. Ook uit een taalkundige uitleg van de in het Sevic-arrest gebruikte woorden ‘overige omzettingen’ volgt dat, ook wanneer verschillende taalversies van het Sevic-arrest worden geraadpleegd, het Hof van Justitie van de EG met het begrip ‘overige omzettingen’ een ruime reikwijdte op het oog heeft gehad en niet alleen fusie bedoelde.

Ook uit het Vale-arrest³ uit 2012 blijkt dat het Hof van Justitie van de EU met het begrip ‘omzetting’ alle vormen van herstructurering op het oog heeft gehad en niet alleen de ‘omzetting’ in de betekenis van ‘rechtsvormwijziging’. Het Hof van Justitie van de EU gebruikt het woord ‘omzetting’ als een allesomvattend begrip: het omvat alle vormen van herstructurering en dus niet alleen rechtsvormwijziging, maar ook fusie en splitsing. Tevens is in het Vale-arrest nog eens gebleken dat het in strijd is met de vrijheid van vestiging een nationale regeling die ziet op nationale omzetting (in de ruime betekenis van het woord) louter voor te behouden aan nationale omzettingen. Het is daarom in strijd met de vrijheid van vestiging een regeling omtrent nationale splitsing alleen voor te behouden voor gevallen van nationale splitsing en grensoverschrijdende splitsing in het algemeen te belemmeren.

De rechtsstelsels van verschillende lidstaten van de EU kennen regels omtrent grensoverschrijdende splitsing, dan wel een bepaling of praktijk waaruit blijkt dat grensoverschrijdende splitsingen zijn toegestaan.⁴ De Luxemburgse, Finse en Deense wetgevers hebben het Sevic-arrest ruim geïnterpreteerd en zagen in het Sevic-arrest aanleiding tot het opstellen van wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing om zodoende de regels die voortvloeien uit het Sevic-arrest in het nationale recht te codificeren.

Voor een grensoverschrijdende splitsing die, of voor het gedeelte van een grensoverschrijdende splitsing dat, zich binnen de lidstaten van de EU afspeelt, wordt de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing bepaald aan de hand van de vrijheid van vestiging en hetgeen bepaald is in het Sevic-arrest en bevestigd is in het Vale-arrest. Op basis van de vrijheid van vestiging en de uitleg van de overwegingen in het Sevic-arrest en het Vale-arrest moet de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing in ieder geval voor zover de grensoverschrijdende splitsing zich voltrekt binnen

3 HvJ EU 12 juli 2012, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsöbb Bíróság – Hongarije, Zaak C-378/10, Jur. 2012, p. 00000, RO 2012/60.

4 Voorbeelden daarvan zijn: België, Denemarken, Finland, Frankrijk, IJsland, Luxemburg, Noorwegen, Roemenië, Spanje en Tsjechië.

de lidstaten van de EU positief worden beantwoord. De vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing mag slechts negatief worden beantwoord indien een gerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van vestiging is toegestaan, zoals in het geval van bescherming van de belangen van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers.

In het kader van de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing aan de hand van de vrijheid van vestiging, moet opgemerkt worden dat de vrijheid van vestiging slechts van toepassing is bij (i) de vestiging van een filiaal in een andere lidstaat of (ii) de verkrijging van een *controlerend belang* in een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat.⁵ Van een controlerend belang is sprake als een EU-onderdaan – i.e. een onderdaan van een EU-lidstaat, dan wel een vennootschap in de zin van artikel 54 VwEU – een meerderheidsbelang heeft in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat.

Bij een grensoverschrijdende zuivere splitsing en grensoverschrijdende afsplitsing kan sprake zijn van een vestiging in de zin van artikel 49 VwEU indien door de splitsing de splitsende vennootschap of (één van) de aandeelhouder(s) van de splitsende vennootschap een controlerend belang in de verkrijgende vennootschap (pen) verkrijgt of verkrijgen. Dat is bijvoorbeeld het geval indien een door Nederlands recht beheerste vennootschap grensoverschrijdend splitst en de enig aandeelhouder van deze vennootschap ten gevolge van de splitsing ook enig aandeelhouder wordt van de in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw opgerichte vennootschap(pen), dan wel een meerderheidsbelang verkrijgt in de verkrijgende vennootschap(pen). Ook vanuit het perspectief van de verkrijgende vennootschap (pen) kan sprake zijn van een vestiging. Dat doet zich bijvoorbeeld voor indien een filiaal van één van de verkrijgende vennootschappen in de lidstaat waar de gesplitste vennootschap gevestigd was, achterblijft. In dat geval is het de verkrijgende vennootschap die gebruik maakt van de vestigingsvrijheid.

Indien geen *controlerend belang* aanwezig is of ontstaat ten gevolge van de grensoverschrijdende splitsing, is de vrijheid van vestiging *niet* van toepassing. De vrijheid van vestiging is immers alleen van toepassing bij (i) de vestiging van een filiaal in een andere lidstaat of (ii) de verkrijging van een *controlerend belang* in een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat. Indien een grensoverschrijdende splitsing vanwege deze reden niet valt onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging, valt deze wel onder de reikwijdte van de *vrijheid van kapitaalverkeer*, zoals neergelegd in artikel 63 VwEU. Een beroep op de vrijheid van kapitaalverkeer heeft hetzelfde rechtsgevolg als een beroep op de vrijheid van

5 HvJ EG 13 april 2000, C. Baars tegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Zaak C-251/98, Jurisprudentie 2000 p. I-02787, r.o. 21 en 22 en HvJ EG 5 november 2002, Überseering B.V./Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), zaak C-208/00, Jurisprudentie 2002, p. I-9919, r.o. 77 en Conclusie van Advocaat-Generaal A. Tizzano van 7 juli 2005 in Zaak C-411/03 (Sevic), Jurisprudentie 2005, p. I-10805, overweging 41 en paragraaf 4.5.6.

vestiging, maar ziet slechts op de vrijheid van kapitaal – minderheidsbelangen daaronder begrepen – en niet op *controlerende belangen*. Indien bijvoorbeeld de aandeelhouder van de grensoverschrijdend splitsende vennootschap geen controle-rend (meerderheids)belang in de verkrijgende vennootschap(pen) verkrijgt, valt de grensoverschrijdende splitsing vanuit het perspectief van de aandeelhouder van de splitsende vennootschap niet onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging, maar onder de reikwijdte van de vrijheid van kapitaalverkeer.

Ondanks de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU in het *Sevic*-arrest en het *Vale*-arrest is de vraag naar de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende splitsing nog steeds relevant, niet alleen ten aanzien van grensoverschrijdende splitsingen waarbij vennootschappen beheerst door het recht van EU-lidstaten en niet-EU-lidstaten zijn betrokken, maar ook ten aanzien van grensoverschrijdende splitsingen waarbij uitsluitend vennootschappen zijn betrokken die worden beheerst door het recht van EU-lidstaten. In de eerste plaats moet het recht van de lidstaten, dat van toepassing is op de vennootschappen die partij zijn bij de grensoverschrijdende splitsing, ten minste de rechtsfiguur van de splitsing kennen om de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing positief te kunnen beantwoorden. De vrijheid van vestiging werkt immers niet zo ver door dat daarmee vreemde (onbekende) vormen van herstructurering – in dit geval: splitsing – in het recht van andere lidstaten worden geïntroduceerd. Dit is wat ook wel de *'negatieve werking'* van de vrijheid van vestiging wordt genoemd. De vrijheid van vestiging is slechts een verbodsbepaling, op basis waarvan bepalingen van nationaal recht die in strijd zijn met de vrijheid vestiging buiten toepassing moeten blijven. Nu alle 28 lidstaten de Zesde richtlijn hebben geïmplementeerd in nationale wetgeving, zal iedere lidstaat van de EU de zuivere splitsing kennen. Dat geldt echter niet per definitie voor de afsplitsing en andere vormen van splitsing die de wetgevers van de lidstaten op eigen initiatief hebben ingevoerd, zoals in Nederland de driehoeks-splitsing – de splitsing waarbij geen aandelen aan de aandeelhouder(s) van de splitsende vennootschap worden toegekend door de verkrijgende vennootschap (pen), maar door een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap(pen) – en in Duitsland de *'Ausgliederung'* – waarbij de splitsende vennootschap aandeelhouder wordt van de verkrijgende vennootschap.

Het feit dat de wetgeving van een lidstaat niet expliciet ziet op grensoverschrijdende splitsing, betekent niet dat die wetgeving *'beperkt territoriale werking'* heeft en de mogelijkheid tot *grensoverschrijdende* splitsing uitsluit. Het Hof van Justitie van de EU heeft immers in het *Vale*-arrest nog eens overwogen dat uit de *afwezigheid* van regels omtrent grensoverschrijdende omzettingen – in de ruime betekenis van het woord – niet mag worden afgeleid dat grensoverschrijdende omzettingen – wederom in de ruime betekenis van het woord – niet mogelijk of ontoelaatbaar zijn.

Lidstaten kunnen slechts nadere voorwaarden aan grensoverschrijdende splitsingen stellen wanneer een beperking op de vrijheid van vestiging of de vrijheid van kapitaalverkeer gerechtvaardigd is, zoals in gevallen van dwingende redenen van

algemeen belang en de bescherming van de belangen van de schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers en de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties. De beantwoording van de vraag of van één van deze uitzonderingen sprake is, kan per lidstaat verschillen. Hierdoor kan ook de beantwoording van de vraag onder welke voorwaarden een grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar is per lidstaat verschillen. Beperkingen van lidstaten op de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer in het algemeen – en in dit geval: beperkingen op de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing – moeten proportioneel zijn. Zij moeten in verhouding staan tot het te beschermen belang en mogen grensoverschrijdende splitsing niet in het algemeen belemmeren of (praktisch) onmogelijk maken.

Al deze overwegingen in ogenschouw nemende, moet de tweede deelvraag (*‘Is grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar?’*) in beginsel positief beantwoord worden. Aanvullende voorwaarden voor grensoverschrijdende splitsingen binnen de lidstaten van de EU mogen slechts worden gesteld indien een beperking een gerechtvaardigde en proportionele inbreuk op de vrijheid van vestiging inhoudt. Zo een inbreuk op de vrijheid van vestiging mag grensoverschrijdende splitsing in ieder geval niet *in het algemeen* belemmeren.

8.4 Conflictenrechtelijke beginselen bij grensoverschrijdende splitsing

Omtrent grensoverschrijdende splitsing bestaan geen geschreven *conflictregels* betreffende het op een grensoverschrijdende splitsing toepasselijke recht, noch op Europees niveau, noch op bi- of multilateraal niveau, noch op Nederlands, nationaal niveau. Vanwege het ontbreken van geschreven conflictregels omtrent grensoverschrijdende splitsing, zullen ongeschreven conflictregels moeten worden gebruikt of, voor zover die niet bestaan, moeten worden geformuleerd.

Bij het formuleren van conflictregels betreffende grensoverschrijdende splitsing kunnen drie methoden gehanteerd worden: (i) aansluiting bij enkel het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen), dan wel bij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap – de *‘enkele aanknopings’* –, (ii) aansluiting bij zowel het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) als bij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap – de *‘cumulatieve aanknopings’* –, waarbij de regels van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) worden *‘gestapeld’* dan wel (iii) aansluiting bij zowel het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen) als bij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, gedifferentieerd naar onderdelen van de grensoverschrijdende splitsing – de *‘gedifferentieerd cumulatieve aanknopings’*.

De SE-Verordening en de Tiende richtlijn en de daarop gebaseerde implementatiewetgevingen in de lidstaten van de EU kennen allen wat betreft het conflictenrecht voor grensoverschrijdende fusie als basis de *gedifferentieerd cumulatieve*

aanknoping bij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(en). De gedifferentieerd cumulatieve aanknoping blijkt uit de toepassing van nu eens (i) het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, dan weer (ii) het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap, dan wel (iii) beide. Een *differentiatie* vindt plaats naar onderdelen van de grensoverschrijdende fusie.

Voor de voorbereidende handelingen tot grensoverschrijdende fusie, daar waar een voorbereidende handeling ziet op de voorbereiding van de grensoverschrijdende fusie voor iedere vennootschap afzonderlijk, volgt bijvoorbeeld iedere vennootschap het recht dat op die vennootschap van toepassing is. Een voorbeeld hiervan is de interne besluitvorming tot grensoverschrijdende fusie en de eventuele verplichting een toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende fusie op te stellen of de mogelijkheid af te zien van het opstellen van een toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende fusie. Die handelingen worden uitgevoerd met inachtneming van de regels van de *lex societatis* van de betreffende vennootschap.

Voor de voorbereidende handelingen tot grensoverschrijdende fusie, daar waar die voorbereidende handelingen zien op de voorbereiding van de grensoverschrijdende fusie door alle bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschappen tezamen, worden de regels van de rechtsstelsels die van toepassing zijn op de fuserende vennootschappen gecumuleerd. Een voorbeeld hiervan is de opstelling van het gemeenschappelijke voorstel tot grensoverschrijdende fusie. Dat gemeenschappelijke voorstel tot grensoverschrijdende fusie moet voldoen aan alle eisen van het recht dat van toepassing is op alle fuserende vennootschappen.

Wat betreft het van kracht worden van een grensoverschrijdende fusie wordt echter een enkele aanknoping gehanteerd. Slechts wordt aangesloten bij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap. Daarmee wordt voorkomen dat een ongewenste cumulatie optreedt van het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(en) en de verkrijgende vennootschap bij grensoverschrijdende fusie en een grensoverschrijdende fusie vanuit het perspectief van het recht van verschillende staten op verschillende momenten van kracht wordt. Het van kracht worden van een grensoverschrijdende fusie op verschillende momenten zou immers tot – ongewenste – rechtsonzekerheid leiden ten aanzien van de vraag op welk moment een grensoverschrijdende fusie van kracht wordt.

Om verschillende redenen moeten de beginselen en regels betreffende het conflictenrecht bij grensoverschrijdende fusie ook worden toegepast bij grensoverschrijdende splitsing. Fusie en splitsing zijn niet alleen in economisch opzicht maar ook in juridisch opzicht nauw aan elkaar verwant. Daarnaast bevatten de SE-Verordening en de Tiende richtlijn een (althans relatief) uitgebalanceerd concept betreffende het conflictenrecht bij grensoverschrijdende fusie. Bovendien is het niet zo dat de reikwijdtes van de SE-Verordening en de Tiende richtlijn beperkt zijn tot de grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen *omdat* de daarin neergelegde conflictenrechtelijke concepten *alleen* voor grensoverschrijdende fusie zouden gelden en per definitie niet naar analogie zouden kunnen worden toegepast

op grensoverschrijdende splitsing. Een parallel kan worden getrokken met grensoverschrijdende fusies die niet onder de reikwijdte van de Tiende richtlijn vallen maar ten aanzien waarvan verdedigd is dat het conflictenrecht uit die regeling ook op die grensoverschrijdende fusies kan worden toegepast.

Ook vanuit het oogpunt van (notariële) rechtszekerheid verdient een *gedifferentieerde cumulatieve aanknoping* bij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap (pen) de voorkeur, omdat dan zo veel mogelijk wordt voldaan aan alle voorschriften van alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen. Ten slotte verhoogt een gedifferentieerde cumulatieve aanknoping de kans dat een grensoverschrijdende splitsing in ‘derde landen’ – i.e. landen waarvan het recht niet van toepassing is op één van bij de splitsing betrokken vennootschappen, de in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw opgerichte vennootschap daaronder begrepen – wordt erkend als geldige rechtshandeling, omdat zo veel als mogelijk is voldaan aan de eisen die gesteld worden door het op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen toepasselijke recht.

Bovendien wordt bij gedifferentieerd cumulatieve aanknoping bij zowel het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap als het recht dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap enerzijds tegemoet gekomen aan alle vereisten gesteld door het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen en anderzijds aan het bezwaar dat voorschriften van het recht dat van toepassing is op de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen ongewenst cumuleren – zoals wat betreft het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing bij een cumulatie van de regels van het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) en de regels van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap – en op die manier een onnodige barrière vormen bij de effectuering van een grensoverschrijdende splitsing. Het motto daarbij is: *‘cumulatief als het moet, gedifferentieerd cumulatief als het kan’*.

Gedifferentieerd cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) biedt, gezien de in de vorige alinea opsomde voordelen, de meeste voordelen bij grensoverschrijdende splitsing ten opzichte van de *enkele* aanknoping en *cumulatieve* aanknoping. De vraag komt echter op hoe nauwkeurig de *differentiatie* naar onderdelen van de grensoverschrijdende splitsing moet zijn. Met andere woorden: welke categorieën kunnen of moeten worden onderscheiden waarop vervolgens hetzij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, hetzij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en), hetzij zowel het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap als het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) kan worden toegepast?

Bij deze categorieën kan in de eerste plaats een onderscheid gemaakt worden naar de voorwaarden voor, de procedure tot en de gevolgen van grensoverschrijdende splitsing. Vervolgens kan een nauwkeuriger onderscheid gemaakt worden

naar de op onderdelen van een grensoverschrijdende splitsing toe te passen rechtsregels van hetzij het recht dat van toepassing op de splitsende vennootschap, hetzij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen), hetzij beide.

De vraag is welke onderverdeling de juiste is en hoe nauwkeurig deze onderverdeling moet zijn. Bij het maken van een onderverdeling en het formuleren van de daarbij horende conflictregels, kan de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie ter inspiratie gebruikt worden. Bij grensoverschrijdende splitsing kan de volgende onderverdeling worden gemaakt:

1. De voorwaarden voor grensoverschrijdende splitsing.
2. De interne voorbereidende fase tot grensoverschrijdende splitsing.
3. De besluitvorming van de vennootschappen betrokken bij grensoverschrijdende splitsing.
4. De positie van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing.
5. De positie van (minderheids)aandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing.
6. De positie van werknemers bij grensoverschrijdende splitsing.
7. De rol van de autoriteiten bij grensoverschrijdende splitsing.
8. Het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing.
9. Inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing in de staat van de splitsende vennootschap en in de staat van de verkrijgende vennootschap(pen).
10. De overgang onder algemene titel bij grensoverschrijdende splitsing.
11. De toekenning van aandelen bij grensoverschrijdende splitsing.
12. De aansprakelijkheid voor verbintenissen van de gesplitste vennootschap bij grensoverschrijdende splitsing.
13. Vernietiging van grensoverschrijdende splitsing.

8.5 Mogelijke vormen van grensoverschrijdende splitsing

Ten aanzien van de vragen *welke entiteiten* betrokken kunnen zijn bij grensoverschrijdende splitsing en *welke vormen* van grensoverschrijdende splitsing mogelijk zijn, geldt dat deze vragen, bij gebrek aan harmoniserende wetgeving op unie-niveau, alleen kunnen worden beantwoord aan de hand van het op de betreffende entiteit toepasselijke recht, de *lex societatis*.

Ten aanzien van de *entiteiten* die betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing geldt dat, indien het recht van de staat dat van toepassing is op een entiteit een wettelijke regeling kent omtrent grensoverschrijdende splitsing, zoals in Luxemburg, Finland en Denemarken het geval is, deze wettelijke regeling leidend is wat betreft de *entiteiten* die partij kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing en *welke voorwaarden* gesteld worden aan entiteiten om betrokken te kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing.

Bestaat geen wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing, dan kan alleen aan de hand van het nationale recht van een lidstaat betreffende nationale splitsing en de vrijheid van vestiging zoals neergelegd in artikel 49 en 54 VwEU

bepaald worden welke entiteiten betrokken kunnen zijn bij grensoverschrijdende splitsing en welke voorwaarden worden gesteld aan entiteiten om betrokken te kunnen zijn bij grensoverschrijdende splitsing. Dat heeft het Hof van Justitie van de EU nog eens bevestigd in het Vale-arrest ten aanzien van grensoverschrijdende omzetting – in de ruime betekenis van het woord.

Het is in strijd met de vrijheid van vestiging indien een regeling betreffende *nationale splitsing* alleen wordt voorbehouden aan *nationale gevallen* en niet tevens toepasbaar is op *grensoverschrijdende gevallen*. Kent een lidstaat geen regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing, dan kan alleen aan de hand van het nationale recht van een lidstaat betreffende nationale splitsing beoordeeld worden welke rechtsvormen betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing.

Gezien de werking van de vrijheid van vestiging moeten de entiteiten die betrokken kunnen zijn bij een nationale splitsing ook betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing, maar dan moet de entiteit die naar nationaal recht kan splitsen, wel vallen binnen de reikwijdte van de vrijheid van vestiging van artikel 54 VwEU. De vrijheid van vestiging vormt immers het ‘paspoort’ van entiteiten dat de mobiliteit van die entiteiten binnen de lidstaten van de EU – de gemeenschappelijke markt – garandeert. Hetzelfde geldt voor de entiteiten die niet vallen onder de reikwijdte van wettelijke regelingen betreffende grensoverschrijdende splitsing. Ook voor die entiteiten geldt dat, ook al kunnen zij wel betrokken zijn bij een nationale splitsing maar niet bij een grensoverschrijdende splitsing op basis van de wettelijke regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing, zij toch betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing op basis van hun nationale wetgeving betreffende *nationale splitsing* en de vrijheid van vestiging, mits die entiteit valt binnen de reikwijdte van artikel 54 VwEU.

De basis van alle regelingen omtrent nationale splitsing in de wetgevingen van de lidstaten van de EU is de Zesde richtlijn. Deze richtlijn ziet op naamloze vennootschappen. Daarom kunnen, omdat alle 28 lidstaten de Zesde richtlijn hebben geïmplementeerd in hun nationale wetgeving, in ieder geval naamloze vennootschappen betrokken zijn bij een grensoverschrijdende splitsing binnen de lidstaten van de EU. Voor het overige kunnen alleen entiteiten die krachtens nationaal recht betrokken kunnen zijn bij een nationale splitsing en die gebruik kunnen maken van de vrijheid van vestiging, betrokken zijn bij een grensoverschrijdende splitsing.

De eisen die het nationale recht dat van toepassing is op de splitsende entiteit en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende entiteit(en) stellen voor de betrokkenheid bij een nationale splitsing zijn onverkort van toepassing bij een grensoverschrijdende splitsing. Vanuit het Nederlandse recht geldt in zo een geval (i) het vereiste dat de rechtspersonen bij de splitsing dezelfde rechtsvorm moeten hebben, (ii) het vereiste dat de bij de splitsing betrokken rechtspersonen niet verwickeld mogen zijn in een insolventieprocedure, (iii) het vereiste van het bestaan en de instandhouding van bekleemde vermogens, (iv) het vereiste dat rechtspersonen die partij zijn bij de splitsing niet ontbonden mogen zijn, (v) het vereiste dat het door

de verkrijgende rechtspersoon verkregen vermogen ten minste nul moet zijn (artikel 2:334d BW) en (vi) eisen van minimumkapitaal voor de verkrijgende naamloze vennootschap ook bij grensoverschrijdende splitsing.

Wat betreft het vereiste van ‘dezelfde rechtsvorm’, worden in het Nederlandse recht de naamloze en de besloten vennootschap als entiteit met ‘dezelfde rechtsvorm’ aangemerkt, ook al verschillen de naamloze en de besloten vennootschap door de flexibilisering van het BV-recht van elkaar. Deze regel geldt ook in grensoverschrijdende gevallen. In het kader van rechtsvormgelijkheid kunnen vennootschappen met een naamloos of een besloten karakter naar het recht van andere lidstaten naar mijn mening worden aangemerkt als ‘dezelfde rechtsvorm’. Of een vennootschap als zodanig kwalificeert, kan worden bepaald aan de hand van de lijst van naamloze vennootschappen zoals opgenomen in artikel 1 Richtlijn 2011/35/EU en aan de hand van de lijst besloten vennootschappen als opgenomen in Bijlage II SE-Verordening.

De onmogelijkheid tot splitsing indien een vennootschap verkeert in een insolventieprocedure, zoals het Nederlandse faillissement of surseance van betaling, geldt ook bij grensoverschrijdende splitsing. Een door Nederlands recht beheerste vennootschap kan echter ook verwickeld zijn in een insolventieprocedure naar het recht van een andere staat. In dat geval moet die insolventieprocedure door middel van het internationaalprivaatrechtelijke leerstuk van *assimilatie* vergeleken worden met het Nederlandse faillissement en de Nederlandse surseance van betaling. Wat betreft insolventieprocedures die hun basis hebben in de wetgeving van een EU-lidstaat, kan bij deze assimilatie de lijst van Bijlage A van de EG-Insolventieverordening behulpzaam zijn. Verkeert een door Nederlands recht beheerste vennootschap in een insolventieprocedure naar het recht van een andere lidstaat die wat betreft de werking overeenkomt met het Nederlandse faillissement of de Nederlandse surseance van betaling, dan kan de door Nederlands recht beheerste rechtsvorm niet betrokken zijn bij een grensoverschrijdende splitsing. Ook de eis dat een partij bij de splitsing niet ontbonden mag zijn, geldt onverkort bij grensoverschrijdende splitsing.

Vanuit Nederlands perspectief kan een vennootschap een beklemd vermogen hebben, wanneer een stichting is omgezet in een andere rechtsvorm. In het kader van een grensoverschrijdende splitsing kan de bestemming van het beklemd vermogen niet gegarandeerd worden: artikel 2:18 lid 6 BW heeft immers geen ‘extraterritoriale werking’ in die zin dat artikel 2:18 lid 6 BW van toepassing is op een entiteit die wordt beheerst door het recht van een andere staat. Een oplossing hiervoor zou kunnen zijn dat in een regeling op Europees niveau voorzien wordt in het behoud van het beklemd vermogen. Anderzijds zou ook de Nederlandse wetgever, zo lang er nog geen Europese regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing is, een poging kunnen wagen de klem op het stichtingsvermogen te waarborgen door te bepalen dat een grensoverschrijdende splitsing van een vennootschap met een beklemd vermogen niet mogelijk is. Zo een regeling is opgenomen in

het pre-wetsvoorstel grensoverschrijdende omzetting dat de Commissie Vennootschapsrecht in 2012 aan de minister van Veiligheid en Justitie heeft gestuurd. De Nederlandse wetgever zou zo een bepaling ook voor grensoverschrijdende splitsing kunnen opnemen, met een uitzondering voor naamloze vennootschappen. Naamloze vennootschappen vallen immers onder de reikwijdte van de Zesde richtlijn en de Zesde richtlijn staat een uitsluiting van de mogelijkheid tot splitsing van naamloze vennootschappen met een beklemd vermogen niet toe. Het is bovendien maar de vraag of een dergelijke bepaling, waardoor grensoverschrijdende splitsing van vennootschappen met een beklemd vermogen *in het algemeen* onmogelijk wordt gemaakt, de toets van de vrijheid van vestiging kan doorstaan. Naar mijn verwachting zal een regeling die het een vennootschap met een beklemd vermogen *in het algemeen* onmogelijk maakt grensoverschrijdend te splitsen al snel in strijd zijn met de vrijheid van vestiging. Bovendien is de uitsluiting van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing voor vennootschappen met een beklemd vermogen naar mijn mening weinig effectief. Deze uitsluiting kan immers eenvoudig omzeild worden door een vennootschap eerst overeenkomstig artikel 2:18 BW om te zetten in een naamloze vennootschap en vervolgens de naamloze vennootschap grensoverschrijdend te splitsen.

Daarnaast valt naar mijn mening niet goed in te zien waarom het voor vennootschappen met een beklemd vermogen in het algemeen onmogelijk zou zijn grensoverschrijdend te splitsen, als bijvoorbeeld (i) het beklemd vermogen na de grensoverschrijdende splitsing op gelijke wijze zal worden aangewend als voorafgaande aan de grensoverschrijdende splitsing en (ii) geen algemeen belang is gediend met de instandhouding van het beklemd vermogen – zoals bijvoorbeeld het algemene belang van de instandhouding van essentiële energievoorzieningen.

Een minder drastische maatregel om beklemd vermogens te beschermen is een veiligheidsklep in te bouwen die bestaat uit (i) een rechterlijke machtiging voor grensoverschrijdende splitsing van een vennootschap met een beklemd vermogen, of (ii) een verzetrecht van de minister van Veiligheid en Justitie voor een grensoverschrijdende splitsing van een vennootschap met een beklemd vermogen. Of deze veiligheidskleppen proportioneel zijn in verhouding met het na te streven doel – namelijk: de waarborging van het beklemd vermogen –, zal naar mijn mening niet alleen afhankelijk zijn van de opzet van de regeling, maar ook van het gebruik daarvan in de praktijk.

Of een eventueel verbod tot grensoverschrijdende splitsing voor vennootschappen met een beklemd vermogen, dan wel voornoemde ‘veiligheidskleppen’ de toets van de vrijheid van vestiging kunnen doorstaan, zal door het Hof van Justitie van de EU in een prejudiciële procedure kunnen worden beoordeeld.

Ten aanzien van de mogelijke *vormen* van grensoverschrijdende splitsing geldt eveneens dat, bij gebrek aan enige harmonisatie op dit terrein binnen de EU, moet worden teruggevallen op de nationale regelingen van de lidstaten. Kent het recht van een bepaalde lidstaat, zoals Luxemburg, Finland of Denemarken, een regeling

omtrent grensoverschrijdende splitsing, dan volgt daaruit welke vormen van grensoverschrijdende splitsing mogelijk zijn.

Bevat het recht van een lidstaat geen specifieke regels over grensoverschrijdende splitsing, zoals het Nederlandse recht, dan moet worden teruggevallen op de mogelijke vormen van nationale splitsing. Het Hof van Justitie van de EU heeft immers overwogen dat, bij gebrek aan enige harmonisatie van wetgeving op dit terrein, de mogelijkheden tot grensoverschrijdende herstructurering slechts gevonden kunnen worden in het nationale recht van lidstaten en mogelijke vormen tot nationale herstructurering ook grensoverschrijdend kunnen worden toegepast.

Dat heeft tot gevolg dat de *vormen* van nationale splitsing grensoverschrijdend kunnen worden toegepast. Echter, deze vormen kunnen alleen grensoverschrijdend worden toegepast indien zowel in de *lex societatis* van de (af)splitsende entiteit, als in de *lex societatis* van de verkrijgende entiteit(en) een bepaalde vorm van splitsing bekend is. Hierin is een *cumulatie* gelegen. Door toepassing van de vrijheid van vestiging kunnen geen onbekende vormen van herstructurering, waaronder begrepen onbekende vormen van splitsing, worden geïntroduceerd in het recht van andere staten.

Door harmonisatie van wetgeving door middel van de Zesde richtlijn – ook al is implementatie van deze richtlijn facultatief – kennen alle 28 lidstaten van de EU in ieder geval een vorm van zuivere splitsing (artikel 2 Zesde richtlijn). Daarnaast is de kans groot dat de lidstaten de vorm van afsplitsing (artikel 15 Zesde richtlijn) kennen.

Naast de hiervoor beschreven ‘hoofdvormen’ van splitsing (namelijk: zuivere splitsing en afsplitsing), kunnen lidstaten ook eigen (sub)vormen van splitsing hebben geïntroduceerd in hun wetgevingen, die niet of niet direct zijn gebaseerd op de Zesde richtlijn. Nederland heeft daarvan gebruik gemaakt en bijvoorbeeld de driehoekssplitsing geïntroduceerd in de wetgeving. Grensoverschrijdende toepassing van deze vormen van splitsing is niet mogelijk indien het recht dat van toepassing is op de andere entiteiten betrokken bij de splitsing die vorm van splitsing niet kent.

8.6 Het conflictenrecht betreffende en de procedure tot grensoverschrijdende splitsing

Het conflictenrecht bij en de procedure tot grensoverschrijdende splitsing per onderdeel van grensoverschrijdende splitsing, zoals gedifferentieerd naar de onderwerpen genoemd in paragraaf 8.4, ziet er uit als hierna beschreven.

Voorbereidende fase tot grensoverschrijdende splitsing

Wat betreft de *voorbereidende fase tot grensoverschrijdende splitsing* kan een differentiatie gemaakt worden naar de verschillende fases in de voorbereiding tot grensoverschrijdende splitsing. Een eventueel te sluiten overeenkomst tot grensoverschrijdende splitsing valt buiten de procedure tot splitsing. Deze overeenkomst

wordt beheerst door het recht dat is aangewezen door de objectieve verwijzingsregels van de Rome I-Verordening of een krachtens de Rome I-Verordening geldig gedane rechtskeuze. Het verdient, ter voorkoming van problemen en discussies achteraf, aanbeveling die rechtskeuze altijd op te nemen in zo een overeenkomst.

De (interne) voorbereiding tot grensoverschrijdende splitsing omvat een veelheid aan handelingen. Bij de voorbereidende handelingen tot grensoverschrijdende splitsing zal nu eens kunnen worden volstaan met een enkele aanknoping, namelijk daar waar de vennootschappen handelingen ieder voor zich verrichten, dan weer met een cumulatieve aanknoping, namelijk daar waar de vennootschappen gezamenlijk handelingen verrichten.

Bij de opstelling van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing zal bijvoorbeeld zowel het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap als het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en) *cumulatief* moeten worden toegepast. Het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing is immers één uniek document dat gelding heeft voor alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen. Het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing zal cumulatief moeten voldoen aan de vereisten ten aanzien van de *inhoud* en de *vorm* gesteld door het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en). Daarnaast is het, gezien het grensoverschrijdende karakter van grensoverschrijdende splitsing, raadzaam tevens enkele extra gegevens te vermelden in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing, die ook in het voorstel tot grensoverschrijdende fusie worden opgenomen. Wat betreft de *toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing* volstaat een enkele aanknoping, omdat voor iedere vennootschap betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing een aparte toelichting op het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing wordt opgemaakt. Enkele aanknoping volstaat eveneens bij de eventuele op te maken *tussentijdse vermogensopstelling*: die tussentijdse vermogensopstelling moet worden opgesteld volgens de regels van het recht dat van toepassing is op de vennootschap waarop die vermogensopstelling betrekking heeft.

De *rol van de accountant* behoeft bij grensoverschrijdende splitsing speciale aandacht. In principe zal voor iedere vennootschap ten minste één accountant moeten worden aangewezen conform de *lex societatis* van de vennootschap waarop de accountant toezicht moet uitoefenen. Indien de wens bestaat één accountant aan te wijzen voor de gehele grensoverschrijdende splitsing, kan voor de goedkeuring van de aanwijzing van één accountant door een gerechtelijke instantie worden volstaan met enkele aanknoping bij hetzij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, hetzij het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en). Hieruit volgt dat een *forumkeuze* mogelijk is wat betreft de goedkeuring van de aanwijzing van één accountant. Gezien het feit dat de rechter in de meeste gevallen de eigen *lex fori* zal toepassen, houdt deze forumkeuze tevens een keuze in voor hetzij het recht van de splitsende vennootschap, hetzij het recht van één van de verkrijgende vennootschap(en).

Wat betreft de verklaringen van de accountant, zoals de verklaring ten aanzien van de ruilverhouding en het door de accountant op te stellen verslag, zal cumulatief moeten worden aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap (pen). Wat betreft verklaringen van de accountant die zien op kapitaalbescherming, mag alleen worden aangeknoopt bij het recht van de vennootschap waarop die regels van kapitaalbescherming zien. Wat betreft de mogelijkheid af te zien van verklaringen van de accountant, zal gedifferentieerd cumulatief moeten worden aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen).

De *publicatie van documenten* voorafgaande aan de grensoverschrijdende splitsing en de *aankondiging van de publicatie* van documenten wordt beheerst door het op iedere vennootschap toepasselijke recht. *Gedifferentieerde cumulatieve aanknopning* houdt in dit geval in dat iedere vennootschap volgens de regels van de eigen *lex societatis* de documenten voorafgaande aan de splitsing publiceert en deze publicatie aankondigt. Bij een grensoverschrijdende splitsing kan, gezien het grensoverschrijdende karakter van de splitsing en de rol van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van werknemers en de te volgen procedure tot behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in het kader van de splitsing, de publicatie ook geschieden voor de werknemers van de vennootschap, naar analogie met de regeling omtrent grensoverschrijdende fusie. Op die wijze zijn de werknemers in ieder geval op een goede wijze geïnformeerd over de voorgenomen grensoverschrijdende splitsing.

Ten aanzien van de inlichtingenplicht betreffende wijzigingen in activa en passiva van de partijen bij de splitsing volstaat eveneens een *gedifferentieerd cumulatieve aanknopning* voor de splitsende vennootschap bij het recht dat op de splitsende vennootschap van toepassing is en voor de verkrijgende vennootschap (pen) bij het recht dat op de verkrijgende vennootschap(pen) van toepassing is.

Besluitvorming tot grensoverschrijdende splitsing

Ook ten aanzien van de besluitvorming tot grensoverschrijdende splitsing wordt *gedifferentieerd cumulatief* aangeknoopt bij het op iedere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap toepasselijke recht. Iedere vennootschap betrokken bij de grensoverschrijdende splitsing besluit conform de regels van de eigen *lex societatis* tot grensoverschrijdende splitsing.

De positie van crediteuren bij grensoverschrijdende splitsing

De positie van de *crediteuren* en de bescherming van hun belangen in het kader van een grensoverschrijdende splitsing is, net als bij grensoverschrijdende fusie, notoir lastig. Daarbij komt nog eens dat een grensoverschrijdende splitsing verdergaande gevolgen voor crediteuren kan hebben dan een grensoverschrijdende fusie, aangezien bij (grensoverschrijdende) splitsing een deconcentratie van vermogen plaatsvindt en bij (grensoverschrijdende) fusie een concentratie van vermogen. De stelsels

van crediteurenbescherming bij splitsing zijn, net als de stelsels van crediteurenbescherming bij (grensoverschrijdende) fusie, niet geharmoniseerd. Hierdoor bestaan binnen de EU verschillende stelsels van crediteurenbescherming: (i) crediteurenbescherming voorafgaande aan de splitsing (*'ex ante'*), (ii) crediteurenbescherming na het van kracht worden van de splitsing (*'ex post'*) en (iii) een *combinatie* van de stelsels *'ex ante'* en *'ex post'*.

Juist bij grensoverschrijdende splitsing kan, net als bij een grensoverschrijdende fusie, de situatie zich voordoen dat ofwel een *dubbele bescherming* van crediteuren optreedt (indien het recht van de splitsende vennootschap voorziet in crediteurenbescherming voorafgaande aan de splitsing en het recht van de verkrijgende vennootschap(pen) voorziet of voorzien in crediteurenbescherming na de splitsing), dan wel de crediteuren in het geheel *geen bescherming* genieten (indien het recht van de splitsende vennootschap voorziet in crediteurenbescherming na de splitsing en het recht van de verkrijgende vennootschap(pen) voorziet of voorzien in crediteurenbescherming voorafgaande aan de splitsing).

Bij de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging zal nauwkeurig aandacht moeten worden besteed aan de *bescherming van de belangen van crediteuren*. Zoals uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU is gebleken, kan de bescherming van de belangen van crediteuren immers een maatregel rechtvaardigen die de vrijheid van vestiging beperkt of zelfs de uitoefening van de vrijheid van vestiging in het geheel onmogelijk maakt. Ter voorkoming van zo een maatregel, zal naar mijn mening het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen *cumulatief* moeten worden toegepast. Dat houdt in dat de crediteuren van de ene bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap ook gebruik moeten kunnen maken van de beschermende bepalingen die gelden voor de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap en omgekeerd. De crediteuren van een partij bij de splitsing zouden bijvoorbeeld ook gebruik moeten kunnen maken van de mogelijkheid in verzet te komen tegen de splitsing die het Nederlandse recht biedt op basis van artikel 2:334l BW, mits een door Nederlands recht beheerste vennootschap partij is bij de splitsing. Op die manier kunnen de crediteuren van de splitsende vennootschap (indien het recht van de splitsende vennootschap voorziet in crediteurenbescherming na de splitsing en het recht van de verkrijgende vennootschap(pen) voorziet of voorzien in crediteurenbescherming voor de splitsing) niet tussen de wal en het schip vallen en genieten zij in ieder geval op enig moment in het kader van de grensoverschrijdende splitsing bescherming. Een goede informatievoorziening hieromtrent in het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing is hierbij essentieel.

Cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap (pen) neemt echter niet weg dat deze oplossing verre van ideaal is. Het zoeken naar een oplossing betreffende crediteurenbescherming bij grensoverschrijdende splitsing brengt rechtsonzekerheid met zich en kan een belemmering zijn om een

grensoverschrijdende splitsing in de praktijk daadwerkelijk uit te voeren. Bovendien is het naar mijn mening niet de taak van de bij de splitsing betrokken vennootschappen of autoriteiten te voorzien in een oplossing betreffende crediteurenbescherming bij grensoverschrijdende splitsing, maar is dat een taak van de wetgever. Alleen een regeling die op unieniveau geharmoniseerd is kan hiervoor een passende oplossing bieden.

Bij het ontwerp van wetgeving op unieniveau zou een keuze gemaakt kunnen worden voor een systeem van bescherming 'ex ante', dan wel bescherming 'ex post', dan wel een combinatie van beiden. Dat zal dan naar mijn mening ook bij voorkeur moeten gelden voor grensoverschrijdende fusie. De praktijk zou hiermee gediend zijn en een duidelijke wettelijke regeling hieromtrent zou de mogelijkheden van grensoverschrijdende herstructurering attractiever maken. Het bestaan van meer attractieve mogelijkheden van grensoverschrijdende herstructurering en het bestaan van duidelijker wetgeving zou de werking van de interne markt binnen de lidstaten van de EU verder bevorderen.⁶

De positie van (minderheids)aandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing

Naar mijn mening zal bij een grensoverschrijdende splitsing ook aandacht moeten worden besteed aan *de bescherming van minderheidsaandeelhouders*. De bescherming van minderheidsaandeelhouders is een kwestie die wordt beheerst door het op een vennootschap toepasselijke recht, de *lex societatis*. Dat kan worden geconcludeerd uit: (i) de redactie van de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie en met name artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn, (ii) het feit dat de Nederlandse wetgever een recht op schadeloosstelling heeft opgenomen voor minderheidsaandeelhouders die tegen een outbound-grensoverschrijdende fusie hebben gestemd, (iii) de redactie van de Finse en Deense wetgeving betreffende een recht op schadeloosstelling bij grensoverschrijdende splitsing en (iv) de Duitse doctrine ten aanzien van de grensoverschrijdende splitsing. De regels betreffende bescherming van minderheidsaandeelhouders worden *gedifferentieerd cumulatief* toegepast.

Aangezien bescherming van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing een aangelegenheid is die wordt beheerst door de *lex societatis* van een vennootschap, heeft iedere lidstaat de mogelijkheid regels op te nemen betreffende bescherming van minderheidsaandeelhouders die tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd. De Nederlandse wetgeving bevat voor nationale splitsing een recht op schadeloosstelling voor houders van aandelen zonder stemrecht en aandelen zonder winstrecht in artikel 2:334e BW. Dat recht op schadeloosstelling geldt onverkort bij een grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste besloten vennootschap met die soorten aandelen.

⁶ Dit is ook nog eens onderstreept in de Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Services', Bech-Bruun Lexidale, September 2013, Executive summary, p. 15.

Vanuit Nederlands perspectief heb ik beargumenteerd dat een recht op schadeloosstelling van houders van gewone aandelen die een minderheid vormen en tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd wenselijk is, gezien het feit dat de Nederlandse wetgever ook bij grensoverschrijdende fusie heeft voorzien in een recht op schadeloosstelling voor tegen de grensoverschrijdende fusie stemmende aandeelhouders. Dezelfde argumenten die ten grondslag hebben gelegen aan de opname van een recht op schadeloosstelling bij grensoverschrijdende fusie gelden bij grensoverschrijdende splitsing. In dat licht bezien, zou ook bij grensoverschrijdende splitsing een recht op schadeloosstelling moeten worden gecreëerd voor die gevallen waarin een aandeelhouder van de splitsende vennootschap aandeelhouder wordt van een vennootschap naar – vanuit zijn oogpunt – vreemd recht. Dat is het geval bij alle vormen van outbound-grensoverschrijdende splitsing, uitgezonderd (i) de hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW, waarbij de verkrijgende vennootschap aandelen toekent aan de splitsende vennootschap in plaats van aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap en (ii) de grensoverschrijdende driehoekssplitsing, waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap splitst, een door het recht van een andere lidstaat beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap en aandelen worden toegekend door de groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap, welke groepsmaatschappij wordt beheerst door Nederlands recht.

Een bijkomend argument voor een recht op schadeloosstelling voor houders van gewone aandelen bij grensoverschrijdende splitsing is dat wetsontduiking moet worden bestreden en vermeden. Het kan en mag niet zo zijn dat bij grensoverschrijdende splitsing geen recht op schadeloosstelling bestaat en bij grensoverschrijdende fusie wel. Zou dat wel het geval zijn, dan zou dat een ongelijke behandeling inhouden van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende splitsing ten opzichte van minderheidsaandeelhouders bij grensoverschrijdende fusie en op die manier zou de grensoverschrijdende splitsing kunnen worden gebruikt om de schadeloosstellingsregeling bij grensoverschrijdende fusie te omzeilen.

Om gestalte te geven aan de wens van de aanwezigheid van een recht op schadeloosstelling voor houders van gewone aandelen, zal, bij gebrek aan enige wettelijke regeling, een eigen, creatieve oplossing moeten worden gezocht bij de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging. Die oplossing kan bestaan in een recht van de tegenstemmende minderheidsaandeelhouders op overdracht van hun aandelen aan de andere aandeelhouders (de meerderheidsaandeelhouder en/of de niet-tegenstemmende minderheidsaandeelhouder(s)) of de vennootschap zelf, waarbij rekening moet worden gehouden met de bestaande inkoopbeperkingen, zoals artikel 2:98 BW, artikel 2:98a BW, artikel 2:207 en artikel 2:207a BW.

Gezien het feit dat een eigen, creatieve oplossing tot praktische problemen kan leiden – bijvoorbeeld wat betreft de vormgeving van een eigen regeling en de prijsbepaling van de aandelen, nu geen wettelijke regeling bestaat waarop kan

worden teruggevallen –, geniet een wettelijke regeling hieromtrent verreweg de voorkeur. Een wettelijke regeling op unieniveau omtrent de mogelijkheid voor lidstaten een recht op schadeloosstelling voor minderheidsaandeelhouders op te nemen is noodzakelijk. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn, zodat de bescherming van minderheidsaandeelhouders een taak blijft van de lidstaten en niet van de supranationale wetgever.

Bij de implementatie van een regeling op unieniveau omtrent grensoverschrijdende splitsing, zal de Nederlandse wetgever een uittreedrecht moeten opnemen voor outbound-grensoverschrijdende splitsing, uitgezonderd de hybride splitsing en de driehoekssplitsing waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap splitst, een door het recht van een andere lidstaat beheerste vennootschap optreedt als verkrijgende vennootschap en aandelen worden toegekend door de groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap, welke groepsmaatschappij wordt beheerst door Nederlands recht. In deze twee uitzonderingsgevallen krijgen de aandeelhouders van de splitsende door Nederlands recht beheerste vennootschap immers geen aandelen toegekend in een vennootschap naar (voor hen) vreemd recht. In lijn met artikel 2:333h lid 3 BW, zou de wetgeving moeten bepalen dat de aandelen waarop het verzoek betrekking heeft, vervallen op het moment waarop de grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt.

De positie van werknemers bij grensoverschrijdende splitsing

Ook de bescherming van *werknemers* behoeft bij een grensoverschrijdende splitsing specifieke aandacht. Ten gevolge van een grensoverschrijdende splitsing kan *vennootschapsrechtelijke medezeggenschap* – i.e. het recht dat de werknemers hebben om invloed uit te oefenen op de gang van zaken binnen de onderneming door een aantal of alle leden van het toezichthoudend orgaan (bij een vennootschap met een two-tier board) of bestuursorgaan (bij een vennootschap met een one-tier board, ten aanzien van de leden van het bestuur die niet belast zijn met de uitvoering van bestuurstaken) te benoemen of ten aanzien van die leden (al dan niet bindende) aanbevelingen te doen of bezwaar te maken – wegvloeien omdat (i) het op die verkrijgende vennootschap toepasselijke recht in het geheel geen vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent, dan wel (ii) de verkrijgende vennootschap niet voldoet aan alle eisen gesteld door het op die vennootschap toepasselijke recht om te vallen onder de regels van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap of (iii) vennootschapsrechtelijke medezeggenschap op een ‘lager niveau’ plaatsvindt in de verkrijgende vennootschap dan in de splitsende vennootschap.

Bij grensoverschrijdende fusie is het uitgangspunt dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van een bij de grensoverschrijdende fusie verkrijgende vennootschap wordt beheerst door het op de betreffende verkrijgende vennootschap toepasselijke recht, de *lex societatis*. Datzelfde principe geldt bij grensoverschrijdende splitsing. Toepassing van de *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap heeft echter wel tot gevolg dat vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kan ‘wegvloeien’ om de hiervoor genoemde redenen.

Omdat bepaalde lidstaten van de EU het kennelijk onwenselijk achten dat in het kader van een grensoverschrijdende herstructurering vennootschapsrechtelijke medezeggenschap wegvloeit, zullen ook bij een grensoverschrijdende splitsing maatregelen moeten worden genomen ter behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. Aangesloten zou moeten worden bij de beginselen van artikel 16 Tiende richtlijn. Toepassing van de beginselen van artikel 16 Tiende richtlijn bij grensoverschrijdende splitsing houdt in dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van de *lex societatis* van iedere verkrijgende vennootschap geldt, tenzij:

- (i) bij de splitsende vennootschap in de zes maanden voorafgaande aan de bekendmaking van het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing gemiddeld meer dan vijfhonderd werknemers werkzaam zijn en de vennootschap een stelsel van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent, *of*
- (ii) de *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap(en) niet voorziet of voorzien in hetzelfde niveau van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap als de splitsende vennootschap, gemeten naar het *absolute werknemersaantal* in het toezichthoudend orgaan of het bestuursorgaan, *of*
- (iii) de *lex societatis* van de verkrijgende vennootschap(en) wel vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kent of kennen, maar die rechten van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap niet toekent aan werknemers van vestigingen in andere lidstaten van die verkrijgende vennootschap.

In het geval van deze drie uitzonderingen, zal met een daartoe uit de werknemers te vormen Bijzondere Onderhandelingsgroep (BOG) moeten worden onderhandeld over de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap(en).

De BOG zal geformeerd moeten worden uit de werknemers die na de splitsing werkzaam zullen zijn bij de betreffende verkrijgende vennootschap, mede omvattende de reeds werkzame werknemers van de verkrijgende vennootschap indien die vennootschap reeds bestaat.

Bestaat de verkrijgende vennootschap reeds, dan kan de BOG onderhandelen met het bestuur van die verkrijgende vennootschap. Worden één of meerdere verkrijgende vennootschappen in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw opgericht, dan zullen de onderhandelingen moeten plaatsvinden tussen de BOG en het bestuur van de splitsende vennootschap namens de in het kader van de grensoverschrijdende splitsing iedere nieuw op te richten verkrijgende vennootschap.

De BOG of de splitsende of verkrijgende vennootschap(en) zouden, net als bij grensoverschrijdende fusie, moeten kunnen afzien van onderhandelingen, met als resultaat dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van het recht dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap, respectievelijk de referentievoorschriften als bedoeld in Richtlijn 2001/86/EG, van toepassing zijn.

Hoewel met analoge toepassing van de beginselen van artikel 16 Tiende richtlijn het behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing kan worden gewaarborgd, moet in ogenschouw genomen worden dat toepassing van artikel 16 Tiende richtlijn bij de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging berust op een zuiver *voluntaire* basis. Daarom moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing een regeling bevatten over het behoud van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. In zo een regeling zal tevens bepaald moeten worden dat de onderhandelingen opnieuw moeten worden gestart indien binnen drie jaren na het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing een nationale of grensoverschrijdende fusie of splitsing wordt uitgevoerd. Dat is in overeenstemming met artikel 16 lid 7 Tiende richtlijn.

De rol van autoriteiten bij grensoverschrijdende splitsing

Bij een grensoverschrijdende splitsing moet het *toezicht op de procedure tot en de effectuering* van de grensoverschrijdende splitsing worden uitgeoefend door de autoriteit die daartoe bevoegd is krachtens het recht van de staat dat van toepassing is op de betreffende – splitsende, dan wel verkrijgende – vennootschap. Dit leidt tot *gedifferentieerd cumulatieve aanknopng* bij het recht van de staten dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen. Voor iedere vennootschap afzonderlijk moet het toepasselijke recht worden toegepast.

Gedifferentieerd cumulatieve aanknopng heeft als resultaat dat de Nederlandse notaris toezicht uitoefent op de rechtmatigheid van de procedure tot grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap – bij een vanuit Nederlands perspectief outbound-grensoverschrijdende splitsing – en op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing en de eventuele oprichting van een nieuwe vennootschap – bij een vanuit Nederlands perspectief inbound-grensoverschrijdende splitsing. Vanuit Nederlands oogpunt is de Nederlandse notaris ook het beste toegerust op deze taak: hij heeft immers kennis van de procedure tot nationale splitsing en is ook bij grensoverschrijdende fusie bevoegd een attest af te geven – bij een outbound-grensoverschrijdende fusie – en de akte van grensoverschrijdende fusie te verlijden – bij een inbound-grensoverschrijdende fusie.

In toekomstige wetgeving op unieniveau moeten regels worden opgenomen omtrent (i) de bevoegde autoriteit bij grensoverschrijdende splitsing en (ii) de taken van deze bevoegde autoriteit, gelijk als in artikel 10 en artikel 11 Tiende richtlijn. Die regels zouden de lidstaten de vrijheid moeten bieden zelf een autoriteit – zoals een rechterlijke instantie of notaris – aan te wijzen. Daardoor kan een consistente benadering worden gevolgd, die aansluit bij enerzijds het kader dat thans bestaat in Richtlijn 2011/35/EU, de Tiende richtlijn en de Zesde richtlijn en anderzijds bij de reeds bestaande wetgevingen van alle lidstaten. In het Nederlandse recht zou de notaris de aangewezen autoriteit moeten zijn, omdat de Nederlandse notaris ook al

bevoegd is de akte van (grensoverschrijdende) fusie en nationale splitsing te verlijden, inclusief de eventuele oprichting van een nieuwe vennootschap in dat kader.

Wat betreft de taken van de autoriteiten, zou een unierechtelijk kader gelijk aan artikel 10 en artikel 11 Tiende richtlijn volstaan, op basis waarvan de autoriteit in de outbound-lidstaat een attest moet afgeven en de autoriteit in de inbound-lidstaat moet toezien op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing en de eventuele oprichting van een nieuwe vennootschap in dat kader. Het behoort tot de taken van de lidstaten zelf te bepalen wanneer de autoriteit een attest kan afgeven of het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing kan voltooien. Zo ligt het voor de hand en is het aan te bevelen dat de Nederlandse notaris het attest slechts kan afgeven wanneer de (i) de belangen van de minderheidsaandeelhouders die tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben gestemd en de houders van stemrechtloze aandelen zijn beschermd – in de vorm van een recht op schadeloosstelling die wordt voldaan door hetzij de splitsende vennootschap, hetzij de verkrijgende vennootschap –, (ii) de verzettermijn van crediteuren is afgelopen en geen crediteuren geen verzet hebben aangetekend, dan wel dat een verlangde waarborg is gegeven en het verzet is opgeheven en/of ongegrond verklaard en (iii) de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap na het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing is gewaarborgd.

Op unieniveau zou dwingend moeten worden bepaald dat de autoriteiten slechts gedurende een bepaalde termijn – bijvoorbeeld na afloop van een termijn, gerekend vanaf de aankondiging dat het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing en aanverwante documenten openbaar zijn gemaakt – hun taken kunnen verrichten. Een dergelijke termijn komt de rechtszekerheid ten aanzien van de doorgang van een voorgenomen grensoverschrijdende splitsing ten goede.

Het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing

Een grensoverschrijdende splitsing moet, ter voorkoming van problemen, ten aanzien van alle bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen op hetzelfde moment *juridisch van kracht* worden. Bij een cumulatieve toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(en), moet in het oog worden gehouden dat de regels betreffende het van kracht worden van nationale splitsing van de lidstaten sterk uiteen kunnen uiteenlopen, omdat de Zesde richtlijn niet voorziet in enige harmonisatie op dit terrein.

Bij de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging zal per geval een oplossing moeten worden gezocht om de grensoverschrijdende splitsing vanuit het perspectief van het recht van iedere lidstaat dat van toepassing is op alle bij de splitsing betrokken vennootschappen – de eventueel nieuw op te richten vennootschap daaronder begrepen – op hetzelfde moment van kracht te laten worden.

Om tegemoet te komen aan bovengenoemde bezwaren zou een nieuwe regeling moeten worden ontworpen die enerzijds de wetgevingen van de lidstaten zo veel mogelijk onaangetast laat – net als bij grensoverschrijdende fusie – en anderzijds ervoor zorgt dat een grensoverschrijdende splitsing op één moment van kracht wordt, zowel voor de splitsende vennootschap als voor de verkrijgende vennootschap(en). De regeling omtrent grensoverschrijdende fusie, waarbij op basis van artikel 12 Tiende richtlijn het recht van de staat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap wordt aangewezen wat betreft het moment van het van kracht worden van de grensoverschrijdende fusie, kan niet worden gebruikt voor grensoverschrijdende splitsing. Toepassing van de regel uit dat artikel kan immers leiden tot *verschillende momenten* waarop een grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt. Hierbij merk ik op dat deze regel wel toegepast kan worden indien er slechts één verkrijgende vennootschap is of alle verkrijgende vennootschappen worden beheerst door het recht van dezelfde staat. Het aanbrengen van een differentiatie per vorm van grensoverschrijdende (af)splitsing komt de uniformiteit van wetgeving echter naar mijn mening niet ten goede en moet worden vermeden.

Om te voorkomen dat de grensoverschrijdende splitsing op verschillende momenten van kracht wordt, zijn twee oplossingen mogelijk. De eerste oplossing – en aanbeveling hiertoe – is de mogelijkheid te creëren dat een grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt op een door partijen aangewezen tijdstip. Nu de Zesde richtlijn niet voorziet in harmonisatie wat betreft het van kracht worden van nationale splitsing, kan die richtlijn ongewijzigd blijven. Lidstaten – waaronder Nederland – kunnen zelf bepalen dat een nationale of grensoverschrijdende splitsing van kracht wordt na vervulling van een voorwaarde of tijdsbepaling. Om voor ondernemingen nog meer flexibiliteit te creëren, zou de Zesde richtlijn op dit punt ook dwingend kunnen worden gemaakt zodat lidstaten verplicht zijn *toe te staan* dat splitsingen van kracht kunnen worden onder een voorwaarde of tijdsbepaling.

De tweede oplossing – en aanbeveling hiertoe – is dat een toekomstige regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing een conflictregel bevat die het recht van de splitsende vennootschap aanwijst voor de bepaling van het moment van het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing. Een grensoverschrijdende splitsing kent slechts één splitsende vennootschap en aanwijzing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap voor de bepaling van het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing leidt altijd tot toepassing van het recht van één staat wat betreft het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing.

Inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing

De *inschrijving* van een grensoverschrijdende splitsing geschiedt conform het op een vennootschap toepasselijke recht, of indien de vennootschap ten gevolge van de grensoverschrijdende splitsing is opgehouden te bestaan, het recht waardoor die vennootschap werd beheerst. Het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen – en de eventueel in

het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw op te richten vennootschap – wordt *gedifferentieerd cumulatief* toegepast.

Naar mijn mening moet, net als bij grensoverschrijdende fusie, bij grensoverschrijdende splitsing continuïteit ten aanzien van de inschrijving van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen bestaan. Dat houdt in dat de splitsing ten aanzien van de splitsende vennootschap pas mag worden ingeschreven indien de splitsing ten aanzien van de verkrijgende vennootschap (pen) is ingeschreven. Bij de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging moeten de vennootschappen er zorg voor dragen dat de splitsing pas ter inschrijving in het register waar de splitsende vennootschap is ingeschreven wordt aangeboden nadat de splitsing in het register waar de verkrijgende vennootschap (pen) staan ingeschreven is ingeschreven. Idealiter bevat toekomstige wetgeving hieromtrent een bepaling, gelijk aan artikel 13 lid 2 Tiende richtlijn.

De overgang onder algemene titel bij grensoverschrijdende splitsing

Het conflictenrecht betreffende de *overgang onder algemene titel* bij (grensoverschrijdende) fusie en splitsing is niet geharmoniseerd door middel van Richtlijn 2011/35/EU, de Tiende richtlijn of de Zesde richtlijn.

Naar mijn mening moet worden uitgegaan van toepassing van de *lex societatis* van de splitsende vennootschap op de overgang onder algemene titel op de verkrijgende vennootschap (pen). Deze regel derogeeert naar mijn mening aan de goederenrechtelijke regels, zoals de *lex rei sitae*. Met toepassing van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap wordt voorkomen dat vermogensbestanddelen ‘in de lucht blijven hangen’. Het recht dat van toepassing is op de overgang onder algemene titel bepaalt in het bijzonder (i) wat het begrip ‘vermogen’ inhoudt – wat verstaan wordt onder activa en passiva – en (ii) wat de betekenis is van ‘overgang onder algemene titel’, alsmede welke uitzonderingen bestaan op de overgang onder algemene titel.

Harmonisatie van het begrip ‘overgang onder algemene titel’ bij *nationale* fusie en *nationale* splitsing is naar mijn mening niet direct noodzakelijk. Immers, hetgeen vanuit de splitsende vennootschap overgaat op de verkrijgende vennootschap, zal de verkrijgende vennootschap in het geval van een nationale fusie en nationale splitsing ook onder algemene titel kunnen ontvangen, aangezien bij nationale fusies en splitsingen alle vennootschappen door het recht van dezelfde staat worden beheerst. Harmonisatie van het begrip overgang onder algemene titel is naar mijn mening wel gewenst bij grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende splitsing. Op die manier bestaat geen onzekerheid over de overgang van vermogen, of vermogensbestanddelen wel of niet onder algemene titel over kunnen gaan en of vermogensbestanddelen onder algemene titel kunnen worden ontvangen. Een eenduidige (unierechtelijke) definitie van het begrip ‘vermogen’ zou daarbij een welkome aanvulling zijn. Op die manier wordt veel onzekerheid weggenomen over één van de belangrijkste gevolgen en voordelen van grensoverschrijdende fusie en

grensoverschrijdende splitsing, namelijk de *overgang onder algemene titel*. Bovendien zouden door een eenvormige en ruime definitie van het begrip ‘vermogen’ uitvoerige due-diligence onderzoeken niet meer noodzakelijk zijn, hetgeen de grensoverschrijdende splitsing als herstructureringsinstrument aantrekkelijker maakt. Een uniform begrip van overgang onder algemene titel zou naar mijn mening specifiek kunnen gelden voor (grensoverschrijdende) fusie en splitsing en zou niet af hoeven doen aan de in de lidstaten bestaande opvattingen ten aanzien van overgang onder algemene titel bij bijvoorbeeld erfopvolging.

Wat betreft de voorziening ter bepaling aan welke vennootschap (een verkrijgende vennootschap, dan wel de splitsende vennootschap, indien deze blijft voortbestaan) een activum of passivum toebehoort indien dat aan de hand van de beschrijving bij de splitsing niet kan worden bepaald, zou toekomstige wetgeving op unieniveau moeten voorzien in volledige harmonisatie, met name op het gebied van toescheiding van passiva.

Op basis van de Zesde richtlijn hebben lidstaten de mogelijkheid de aansprakelijkheid voor ten tijde van de splitsing bestaande schulden van de splitsende vennootschap die niet zijn overgegaan op een verkrijgende vennootschap, te limiteren tot het bij de splitsing verkregen netto-actief vermogen (artikel 12 lid 3 Zesde richtlijn). Niet alle lidstaten hebben van die mogelijkheid gebruik gemaakt. Nederland heeft echter wel van die mogelijkheid gebruik gemaakt en in artikel 2:334t lid 3 BW bepaald dat voor deelbare verbintenissen de vennootschap waarop de verbintenis niet is overgegaan aansprakelijk is tot het verkregen vermogen.

Doordat niet alle lidstaten gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid die artikel 12 lid 3 Zesde richtlijn biedt, kan het bij een grensoverschrijdende splitsing voorkomen dat crediteuren van een splitsende vennootschap te maken krijgen met een limitering van de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap. Een voorbeeld ter verduidelijking: vennootschap X wordt beheerst door het recht van lidstaat X. Het recht van lidstaat X bepaalt dat alle bij een splitsing verkrijgende vennootschappen ongelimiteerd aansprakelijk zijn voor schulden van de splitsende vennootschap. Vennootschap X splitst grensoverschrijdend en als verkrijgende vennootschap treedt op een Nederlandse besloten vennootschap. Vennootschap X – de primair aansprakelijke vennootschap – biedt geen verhaal na de splitsing en een crediteur van vennootschap X probeert zijn vordering te verhalen op de Nederlandse besloten vennootschap – de subsidiair aansprakelijke vennootschap. Daarbij wordt hij echter geconfronteerd met de op basis van artikel 2:334t lid 3 BW gelimiteerde aansprakelijkheid van de Nederlandse besloten vennootschap, terwijl hij in lidstaat X niet met zo een limitering zou worden geconfronteerd.

Een richtlijn omtrent grensoverschrijdende splitsing zou omtrent de subsidiaire aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap waarop de verbintenis niet is overgegaan dwingend moeten bepalen dat ofwel de aansprakelijkheid is gelimiteerd tot het bij de grensoverschrijdende splitsing verkregen netto-actief vermogen, dan wel dat die aansprakelijkheid onbeperkt is. Op die manier wordt ook voorkomen dat

crediteuren zich als eerste zullen trachten te verhalen op de verkrijgende vennootschap die wordt beheerst door het recht van een staat waarin de aansprakelijkheid niet is beperkt tot het bij de grensoverschrijdende splitsing verkregen netto-actief en pas daarna tot de verkrijgende vennootschap die wordt beheerst door het recht van een staat waarin de aansprakelijkheid wel is beperkt tot het bij de splitsing verkregen netto-actief vermogen.

De toekenning van aandelen bij een grensoverschrijdende splitsing

De toekenning van aandelen en bijzondere rechten in het kader van grensoverschrijdende splitsing wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen). De verkrijgende vennootschap(pen) is of zijn immers de 'uitgevende' of 'aandelen toekennende' vennootschap(pen). Voor een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing is nadere harmonisatie op dit terrein naar mijn mening niet noodzakelijk. Uit de Zesde richtlijn en de daarop gebaseerde implementatiewetgevingen blijkt voldoende duidelijk dat de toekenning van aandelen en bijzondere rechten een aangelegenheid is die wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap(pen). Bovendien is dat bij (grensoverschrijdende) fusie niet anders.

Ten aanzien van de overgang van pandrecht en vruchtgebruik op aandelen in de splitsende vennootschap naar een pandrecht en vruchtgebruik op aandelen in de verkrijgende vennootschap(pen) zou harmonisatie op haar plaats zijn. Hierbij moet echter wel in het oog worden gehouden dat de waarborging van deze rechten op aandelen een *goederenrechtelijke* en niet een *vennootschapsrechtelijke* aangelegenheid is. Juist het goederenrecht is niet geharmoniseerd door middel van enige regeling op supranationaal niveau en mijn verwachting is dat dat ook niet snel zal gebeuren. Een waarborging van het behoud van pandrecht en vruchtgebruik op aandelen bij grensoverschrijdende splitsing zou echter een welkome aanvulling zijn.

De aansprakelijkheid voor verbintenissen van de gesplitste vennootschap

Wat betreft de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(pen) en de voortbestaande splitsende vennootschap voor verbintenissen van de splitsende vennootschap die ten tijde van de splitsing bestonden, kan iedere vennootschap naar mijn mening het eigen toepasselijke recht *gedifferentieerd cumulatief* toepassen. De Zesde richtlijn voorziet wat betreft de aansprakelijkheid van verkrijgende vennootschap(pen) en de voortbestaande splitsende vennootschap in volledige harmonisatie. Botsingen tussen het toepasselijke recht op de splitsende vennootschap en het toepasselijke recht op de verkrijgende vennootschap(pen) zijn op dit terrein niet te verwachten.

Lidstaten kunnen echter de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschappen waarop de verbintenis niet is overgegaan limiteren tot het bij de splitsing verkregen of behouden netto-actief vermogen. De vraag is of ook de beperking van de aansprakelijkheid tot het netto-actief verkregen vermogen krachtens het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap geldt indien het recht dat van

toepassing is of was op de splitsende vennootschap een dergelijke limitering niet kent. Naar mijn mening moet hierbij het recht van de splitsende vennootschap toegepast worden. Kent het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap een limitering van de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap (pen) tot het netto-actief verkregen vermogen, dan geldt dat ook in een grensoverschrijdende situatie, ook al kent het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap (pen) een ongelimiteerde aansprakelijkheid. Indien het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap geen limitering van de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap kent, dan zal de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap (pen) ook ongelimiteerd zijn, ook al kent het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap (pen) een limitering van de aansprakelijkheid tot het netto-actief verkregen vermogen.

De regeling omtrent de aansprakelijkheid voor schulden van de splitsende vennootschap strekt ertoe de crediteuren van de splitsende vennootschap te beschermen. Met toepassing van het recht dat van toepassing is of was op de splitsende vennootschap, wordt in ieder geval geen afbreuk gedaan aan deze bescherming en kunnen crediteuren van de splitsende vennootschap zich op gelijke wijze verhalen op het vermogen van de verkrijgende vennootschap (pen) als bij een nationale splitsing het geval zou zijn. Bovendien wordt met toepassing van het recht dat van toepassing is of was op de splitsende vennootschap voorkomen dat verschillen ten aanzien van het verhaalsvermogen tussen de verkrijgende vennootschappen bestaan. Indien bijvoorbeeld krachtens het recht dat van toepassing is op de ene verkrijgende vennootschap wel een beperking bestaat van de aansprakelijkheid tot het netto-actief verkregen vermogen en krachtens het recht dat van toepassing is op de andere verkrijgende vennootschap geen limitering van de aansprakelijkheid bestaat tot het netto-actief verkregen vermogen, dan leidt dat tot een ongelijkheid tussen de verkrijgende vennootschappen en zullen crediteuren eerder geneigd zijn als eerste verhaal te zoeken bij de verkrijgende vennootschap ten aanzien waarvan geen limitering tot het netto-actief verkregen vermogen geldt. Hoewel de aangesproken vennootschap nog wel regres heeft op de aansprakelijke vennootschap, komt de aangesproken vennootschap wel jegens crediteuren in een ongunstiger positie te verkeren dan de andere verkrijgende vennootschap (pen).

Toekomstige wetgeving op dit terrein zou bij voorkeur voorzien in volledige harmonisatie. Op die manier wordt het beste invulling gegeven aan de bescherming van crediteuren van de splitsende vennootschap en wordt vanuit het oogpunt van het recht dat van toepassing is op de splitsende vennootschap een grensoverschrijdende splitsing op dezelfde wijze behandeld als een nationale splitsing. Daarnaast wordt hiermee een gelijke behandeling van alle verkrijgende vennootschappen bewerkstelligd, zodat alle verkrijgende vennootschappen, waarop een schuld van de splitsende vennootschap niet is overgegaan, tot gelijke hoogte – namelijk: het verkregen netto-actief vermogen – aansprakelijk zijn.

Vernietiging van grensoverschrijdende splitsing

Een grensoverschrijdende splitsing kan, wanneer deze wordt uitgevoerd op basis van de vrijheid van vestiging, aan *nietigheid* of *vernietiging* onderworpen zijn, indien één van de staten waarvan het recht van toepassing is op de bij de splitsing betrokken vennootschappen de mogelijkheid tot het invoeren van nietigheid of vernietiging van nationale splitsing kent. Vernietiging kan plaatsvinden op basis van (i) de nauw omschreven gronden als opgesomd in artikel 19 Zesde richtlijn, dan wel (ii) andere vernietigingsmogelijkheden, zoals de *actio pauliana*. In theorie is het tevens mogelijk dat een grensoverschrijdende splitsing vanuit het perspectief van één of meer staten – waarvan het recht van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen – *non-existent* is omdat de grensoverschrijdende splitsing niet aan bepaalde ‘wezenskenmerken’ voldoet. De *cumulatieve* toepassing van het recht dat van toepassing is op de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen brengt met zich dat een grensoverschrijdende splitsing bloot staat aan de mogelijkheid van vernietiging, het invoeren van nietigheid of *non-existent*. Ook al is duidelijk dat het leerstuk van *non-existent* van splitsing of vernietiging van splitsing op basis van de *actio pauliana* geen basis heeft in het Nederlandse recht, kan een grensoverschrijdende splitsing waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap is betrokken wel aan vernietiging, het invoeren van nietigheid of *non-existent* bloot staan, indien het recht dat van toepassing is op de andere bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschap(en) daarin voorziet. Vonnissen of beschikkingen inhoudende vernietiging of vaststelling van nietigheid van grensoverschrijdende splitsing zullen in andere lidstaten moeten worden erkend op basis van artikel 33 EEX-Verordening.

Het behoeft geen betoog dat de mogelijkheid van vernietiging, nietigheid of *non-existent* van een grensoverschrijdende splitsing als problematisch moet worden beschouwd. De gevolgen van vernietiging, het invoeren van nietigheid of *non-existent* van een nationale splitsing zijn al zeer verstrekkend, vaststelling van nietigheid of vernietiging van een grensoverschrijdende splitsing zou nog verstrekkender gevolgen hebben. Bovendien kunnen de begrippen ‘vernietiging’ en ‘nietigheid’ in de lidstaten een verschillende betekenis hebben. Deze begrippen zijn immers niet geharmoniseerd in enige wetgeving op unieniveau. Het is daarom niet voor niets dat de Europese wetgever in artikel 17 Tiende richtlijn de mogelijkheid tot vernietiging en het invoeren van nietigheid van een grensoverschrijdende fusie *dwingendrechtelijk* heeft uitgesloten. Dat zou naar mijn mening ook moeten gebeuren in een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan de bezwaren die kleven aan vernietiging van grensoverschrijdende splitsing. Bovendien wordt op die manier een gelijke behandeling van zowel grensoverschrijdende fusie als grensoverschrijdende splitsing bewerkstelligd.

Vernietiging op andere gronden, zoals op basis van de *actio pauliana* en non-existentie van grensoverschrijdende splitsing – als separaat begrip naast vernietiging en de vaststelling van nietigheid – zou op gelijke wijze zo veel als mogelijk moeten worden teruggedrongen. In een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing zou de non-existentie van grensoverschrijdende splitsing in het geheel kunnen worden teruggedrongen, dan wel worden bepaald dat een grensoverschrijdende splitsing slechts non-existent is wanneer een grensoverschrijdende splitsing niet voldoet aan nauwkeurig limitatief omschreven en op EU-niveau geharmoniseerde ‘wezenskenmerken’. Die ‘wezenskenmerken’ zouden zich dan moeten beperken tot de specifieke kenmerken van grensoverschrijdende splitsing, zoals (i) de betrokkenheid van slechts één (en niet meerdere) splitsende vennootschappen bij een grensoverschrijdende splitsing, (ii) de overgang onder algemene titel en (iii) de goedkeuring van de autoriteiten in de outbound- en inbound-lidstaat. Bovendien zou dan bepaald moeten worden dat de non-existentie slechts kan worden vastgesteld door een rechter, zoals bij inroepen van nietigheid het geval zou zijn. Op die manier kan geen rechtsonzekerheid bestaan over het antwoord op de vraag of een grensoverschrijdende splitsing geldig, dan wel non-existent is.

8.7 De behoefte aan wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing

Voor grensoverschrijdende splitsing bestaat heden ten dage (nog) geen wetgeving op unie- of nationaal niveau, met uitzondering van de lidstaten Luxemburg, Denemarken en Finland (zie tevens hoofdstukken 4 tot en met 7). Luxemburg, Denemarken en Finland hebben in het kader van de implementatie van de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie tevens regels opgenomen omtrent grensoverschrijdende splitsing, mede om de gevolgen van het *Sevic*-arrest van het Hof van Justitie van de EG te codificeren.

Door de afwezigheid van wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing is de rechtszekerheid bij de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing thans minder groot dan bij de uitvoering van de wel wettelijk geregelde vormen van herstructurering, zoals bijvoorbeeld bij grensoverschrijdende juridische fusie op basis van de Tiende richtlijn en de daarop gebaseerde implementatiewetgevingen. Een wettelijk raamwerk, specifiek ontworpen voor grensoverschrijdende splitsing, ontbreekt immers. Regelgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing, met name harmoniserende regelgeving op Europees niveau, neemt vragen ten aanzien van de *toelaatbaarheid* van en de *procedure* tot grensoverschrijdende splitsing weg.

Een consistente beantwoording van de vraag naar de *toelaatbaarheid* van grensoverschrijdende splitsing in alle lidstaten van de EU zou ertoe bijdragen dat grensoverschrijdende splitsing een instrument tot herstructurering wordt dat met rechtszekerheid kan worden toegepast. De juridische praktijk is gediend met het bestaan van een wettelijk raamwerk omtrent grensoverschrijdende splitsing. Zoals ik al eerder heb vastgesteld, blijkt uit het bestaan van een wettelijke regeling omtrent

een rechtshandeling onomstotelijk dat die rechtshandeling – wat betreft de vormen van herstructurering en de rechtsvormen waarop die regeling ziet – toelaatbaar is. Wanneer die wettelijke regeling ook nog eens geharmoniseerd is door middel van een Europese richtlijn, zal de toelaatbaarheidsvraag vanuit de perspectieven van *alle* betrokken lidstaten op dezelfde consistente wijze worden beantwoord. Mijn aanbeveling is dan ook dat de Europese wetgever een initiatief neemt tot het opstellen van regelgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing.

In de hoofdstukken 4 tot en met 7 is duidelijk geworden dat grensoverschrijdende splitsing thans toelaatbaar is op basis van de vrijheid van vestiging en dat, ondanks het ontbreken van geschreven conflictregels, derhalve een grensoverschrijdende splitsing op basis van de vrijheid van vestiging en met toepassing van ongeschreven conflictenrecht in de praktijk kan worden uitgevoerd, mits de nodige zorgvuldigheid in acht wordt genomen. Dat neemt echter niet weg dat wetgeving – op supranationaal niveau – rechtsonzekerheid kan wegnemen ten aanzien van een aantal zeer belangrijke onderwerpen die spelen bij grensoverschrijdende splitsing, zoals: (i) crediteurenbescherming, (ii) bescherming van minderheidsaandeelhouders, (iii) bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van werknemers, (iv) het van kracht worden van een grensoverschrijdende splitsing, (v) de rol van autoriteiten bij grensoverschrijdende splitsing, (vi) de inschrijving van een grensoverschrijdende splitsing, (vii) de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(en) en de voortbestaande splitsende vennootschap voor ten tijde van de splitsing bestaande verbintenissen en (viii) de (on)mogelijkheid tot vernietiging of vaststelling van de nietigheid van splitsing. Wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing kan de rechtsonzekerheid ten aanzien van de hiervoor genoemde onderdelen in de procedure tot grensoverschrijdende splitsing wegnemen, waardoor de grensoverschrijdende splitsing als methode tot herstructurering in de praktijk aantrekkelijker wordt.

Het bestaan van een wettelijk raamwerk voor grensoverschrijdende splitsing zal, gezien de grotere rechtszekerheid die dan bestaat ten aanzien van de te volgen procedure tot grensoverschrijdende splitsing, grensoverschrijdende splitsing als herstructureringsmethode aantrekkelijker maken. Bovendien is het dan niet meer noodzakelijk verschillende stappen te nemen om tot hetzelfde resultaat als bij een grensoverschrijdende splitsing te komen, zoals een nationale splitsing gevolgd door een grensoverschrijdende fusie. Er bestaat dan ook zeker behoefte aan een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing en een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing heeft zeker meerwaarde ten opzichte van de reeds bestaande wettelijke regelingen omtrent grensoverschrijdende herstructureringen. Het eerste gedeelte van de zesde deelvraag ('Bestaat behoefte aan wetgeving omtrent grensoverschrijdende juridische splitsing en waaraan zou die wetgeving moeten voldoen?') moet dan ook positief worden beantwoord.

Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing past bovendien binnen het palet van (grensoverschrijdende) herstructureringen, naast (grensoverschrijdende) fusie en omzetting en vormt een aanvulling op de reeds wettelijk geregelde

mogelijkheden tot grensoverschrijdende herstructureringen, zoals grensoverschrijdende fusie. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing bevordert bovendien het optimaal functioneren van de interne markt van de EU, waarin binnengrenzen van lidstaten geen belemmeringen mogen zijn in grensoverschrijdend rechtsverkeer.

Het tweede gedeelte van de zesde deelvraag betrof de kwestie waaraan wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing moet voldoen. Ten aanzien van wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing, geniet een regeling op unieniveau verreweg de voorkeur. Op die manier kunnen ipr-problemen die spelen bij grensoverschrijdende splitsing adequaat opgelost worden. Hierbij kan met name gedacht worden aan problemen die spelen wat betreft de crediteurenbescherming, bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, het van kracht worden van grensoverschrijdende splitsing, de rol van autoriteiten, de aansprakelijkheid voor verbintenissen en de (on)mogelijkheid van vernietiging. Deze problemen kunnen weliswaar ook door middel van nationale wetgeving worden opgelost, zij het minder adequaat dan door middel van een regeling op unieniveau.

De volgende vraag is welk soort instrument het meest geschikt is om grensoverschrijdende splitsing te regelen. Naar mijn mening moet hiervoor het instrument van een *richtlijn* gebruikt worden. De rechtsbasis voor de uitvaardiging van een richtlijn is gelegen in artikel 50 VwEU en artikel 114 VwEU. Een richtlijn heeft geen directe werking en harmoniseert de wetgevingen van de lidstaten slechts op de hiervoor genoemde noodzakelijke punten. Hierdoor gaat, ook wat betreft de vorm van het gebruikte instrument, de harmonisering niet verder dan nodig en blijven de nationale wetgevingen van de lidstaten zo veel mogelijk onaangetast. Met toepassing van een richtlijn als basis voor grensoverschrijdende splitsing wordt tevens voldaan aan het *subsidiariteitsvereiste*: het wetgevingsinstrument op Europese grondslag behoeft niet verder te gaan dan noodzakelijk om de in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie neergelegde vrijheden te waarborgen en te regelen.

Een ander soort wetgeving is de Europese verordening. De mogelijkheid tot het uitvaardigen van een Europese verordening bestaat slechts indien een verordening nodig blijkt om de doelstellingen van de Europese verdragen te verwezenlijken, zonder dat de verdragen in de daartoe vereiste bevoegdheden voorzien (artikel 352 lid 1 VwEU). Juist artikel 50 VwEU en artikel 114 VwEU voorzien in een voldoende basis om een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing te verwezenlijken. Dit neemt echter niet weg dat het een welkome aanvulling zou zijn indien de SE-Verordening en de SCE-Verordening zouden voorzien in een mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing, op dezelfde wijze als deze verordeningen thans voorzien in de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie.

Verder is een richtlijn gemakkelijker te verwezenlijken dan een verordening. Voor de totstandkoming van een verordening is namelijk *eenparigheid* van stemmen in de Raad van Ministers vereist (artikel 352 lid 1 VwEU), terwijl voor de totstandkoming van een richtlijn een *gekwalificeerde meerderheid* voldoende is.

Daarnaast draagt een richtlijn bij aan – althans wat betreft de *vorm* van wetgeving – consistente wetgeving, zowel op unieniveau als op nationaal niveau. Op *unie-niveau* sluit een richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing aan bij de reeds bestaande systematiek bij grensoverschrijdende fusie, waarbij Richtlijn 2011/35/EU van toepassing is op nationale fusies, maar krachtens de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie ook van toepassing is op grensoverschrijdende fusie. Een richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing zou op dezelfde wijze kunnen aansluiten bij en verwijzen naar de Zesde richtlijn betreffende nationale splitsing.

Als resultaat van een publieke consultatie die de Europese Commissie heeft gehouden in het voorjaar van 2012 over de toekomst van het Europese vennootschapsrecht, heeft de Europese Commissie aan het Europees Parlement medegedeeld dat zij in 2013 op basis van de resultaten van de studie over de toepassing van de Tiende richtlijn zou nagaan of er een initiatief moest komen in verband met een kader voor grensoverschrijdende splitsingen, mogelijk in de vorm van een *wijziging* van de Tiende richtlijn. De Europese Commissie heeft dat beargumenteerd door te stellen dat de Tiende richtlijn goed bekend is bij de belanghebbenden en een beproefd kader voor grensoverschrijdende herstructureringen vormt.⁷ In de ‘Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Services’ is als aanbeveling gedaan dat grensoverschrijdende splitsing binnen de lidstaten van de EU geharmoniseerd moet worden ter versterking van de interne markt van de EU.⁸ Tevens is als aanbeveling gedaan dat een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing zou moeten worden opgenomen in een richtlijn, hetzij in de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie, hetzij in een separate richtlijn omtrent grensoverschrijdende splitsing, hetzij in een nieuwe, allesomvattende richtlijn, waarin niet alleen grensoverschrijdende fusie is geregeld, maar ook grensoverschrijdende splitsing en grensoverschrijdende omzetting.⁹

Naar mijn mening zou, in tegenstelling tot de mening die de Europese Commissie en de opstellers van de Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive lijken te zijn toegedaan, een *aparte richtlijn* betreffende grensoverschrijdende splitsing het meest geschikt zijn om grensoverschrijdende splitsing te regelen of om de wetgevingen van lidstaten omtrent grensoverschrijdende splitsing te harmoniseren. Zouden regels omtrent grensoverschrijdende splitsing worden opgenomen in de Tiende richtlijn, dan zou daarin ook verwezen moeten

7 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzamere ondernemingen, Straatsburg 12.12.2012, COM (2012) 740 final, p. 14.

8 ‘Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Services’, Bech-Bruun Lexidale, September 2013, p. 15.

9 ‘Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Services’, Bech-Bruun Lexidale, September 2013, p. 13, 84.

worden naar de Zesde richtlijn. Omdat de Zesde richtlijn al veel verwijzingen bevat naar de Derde richtlijn (thans: Richtlijn 2011/35/EU), zouden regels omtrent grensoverschrijdende splitsing in de Tiende richtlijn die bepalingen welhaast onleesbaar maken. Dat zou naar mijn mening moeten worden voorkomen, omdat met onleesbare wetgeving de praktijk en de rechtszekerheid niet gediend is. Wel zouden de regels van een richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing kunnen voortborduren op de grondslagen van de Tiende richtlijn. In dat kader zal echter wel artikel 1 en artikel 26 lid 2 van de Zesde richtlijn gewijzigd moeten worden in die zin dat implementatie van de Zesde richtlijn niet meer optioneel maar dwingend is. Zou de optionele implementatie van de Zesde richtlijn gehandhaafd worden, dan zou de situatie kunnen ontstaan dat, wanneer een lidstaat de wetgeving omtrent nationale splitsing schrapt, ook de basis van grensoverschrijdende splitsing – i.e. de regels omtrent nationale splitsing – wegvalt. Op *nationaal niveau* draagt een richtlijn omtrent grensoverschrijdende splitsing eveneens bij aan consistente wetgeving, omdat de lidstaten dan zelf de bepalingen betreffende grensoverschrijdende splitsing kunnen inpassen in hun reeds bestaande wetgeving omtrent nationale splitsing.

Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau zou een zo groot mogelijke reikwijdte moeten hebben wat betreft de *vormen van splitsing* – hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij de Zesde richtlijn – en wat betreft de *rechtsvormen (entiteiten)* die partij kunnen zijn bij grensoverschrijdende splitsing. De vrijheid van vestiging heeft immers ook een ruime reikwijdte en ziet op een breed scala aan rechtsvormen (artikel 49 jo. artikel 54 VwEU). Een beperkte reikwijdte van een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing wat betreft *vormen van splitsing* en wat betreft *rechtsvormen* die partij kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing staat echter niet in de weg aan de mogelijkheid (i) niet geregelde vormen van grensoverschrijdende splitsing en (ii) grensoverschrijdende splitsingen waarbij andere rechtsvormen – dan die zijn opgenomen in de regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing – partij zijn uit te voeren op basis van de vrijheid van vestiging.

Een richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing zal met name regelingen moeten bevatten omtrent crediteurenbescherming, bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, de rol van autoriteiten, het van kracht worden van grensoverschrijdende splitsing, de aansprakelijkheid voor verbintenissen en de (on)mogelijkheid van vernietiging.

Vooruitlopend op initiatieven tot wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau, zou de Nederlandse wetgever, net als de Luxemburgse, Finse en Deense wetgevers, het initiatief kunnen nemen tot het opstellen van wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing op nationaal niveau. Dan zou in ieder geval uit de Nederlandse wet onomstotelijk voortvloeien dat grensoverschrijdende splitsing toelaatbaar is en bestaat zekerheid ten aanzien van de op een grensoverschrijdende splitsing toe te passen regels. Bovendien wordt ook het vestigingsklimaat van

ondernemingen in Nederland versterkt met een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing. Niet alleen kunnen dan door Nederlands recht beheerste vennootschappen op grond van een wettelijke regeling optreden als verkrijgende vennootschap bij een grensoverschrijdende splitsing, ook de wettelijk geregelde mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing van door Nederlands recht beheerste vennootschappen komt de attractiviteit van Nederland als land met een flexibel vennootschapsrecht ten goede. Ten slotte kunnen in zo een regeling bepalingen worden opgenomen ter bescherming van belanghebbenden (zoals minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers) bij een grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap. Het opnemen van dergelijke beschermende bepalingen is niet in strijd met de vrijheid van vestiging indien grensoverschrijdende splitsing daardoor niet *in het algemeen* onmogelijk wordt gemaakt.

Dat het opnemen van regels omtrent grensoverschrijdende splitsing op nationaal niveau zonder dat een unierechtelijk kader bestaat niet onmogelijk is, hebben de Luxemburgse, Deense en Finse wetgever aangetoond. Mocht na de totstandkoming van nationale wetgeving een wettelijke regeling op unieniveau tot stand komen – hetgeen ik gezien het internationale karakter van grensoverschrijdende splitsing zou toejuichen –, dan kan die wetgeving, indien en voor zover nodig, alsnog in lijn worden gebracht met deze regelgeving op unieniveau.

Naast initiatieven tot of het bestaan van wetgeving op nationaal niveau of unieniveau omtrent grensoverschrijdende splitsing zou de Nederlandse wetgever het initiatief moeten nemen tot het opstellen van wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing waarbij ook vennootschappen betrokken zijn die niet worden beheerst door het recht een EU-lidstaat. Dat zou het vestigingsklimaat voor ondernemingen in Nederland in relatie tot jurisdicties in de rest van de wereld en de EU verbeteren. Daarbij hoort naar mijn mening ook een regeling omtrent ‘grensoverschrijdende’ splitsing waarbij vennootschappen zijn betrokken die worden beheerst door het recht van de afzonderlijke landen van het Koninkrijk der Nederlanden of door het recht van openbare lichamen Bonaire, Saba en Sint Eustatius van het land Nederland. Naar mijn mening doet de situatie waarin vennootschappen, beheerst door het recht van landen of openbare lichamen van hetzelfde koninkrijk, respectievelijk hetzelfde land, behandeld worden als vennootschappen waarop het recht van een andere, ‘derde’ (niet-EU-)staat van toepassing is, paradoxaal aan. Juist binnen het Koninkrijk der Nederlanden zou het relatief eenvoudig moeten zijn de wetgevingen van de afzonderlijke landen en openbare lichamen te harmoniseren op het vlak van ‘grensoverschrijdende’ splitsing en andere vormen van grensoverschrijdende herstructurering.

8.8 Lijst van aanbevelingen

In deze paragraaf zijn de aanbevelingen uit eerdere hoofdstukken nogmaals opgesomd.

1. Om een consistente beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende splitsing in alle lidstaten van de EU te bewerkstelligen, moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau worden vastgesteld (*paragraaf 4.6, aanbeveling 1*).
2. Een EU-richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing is, indachtig het bestaande systeem van de Derde richtlijn (thans: Richtlijn 2011/35/EU) en de Tiende richtlijn ten aanzien van grensoverschrijdende fusie, het meest geschikte instrument om de wetgevingen van lidstaten omtrent grensoverschrijdende splitsing te harmoniseren (*paragraaf 4.6, aanbeveling 2*).
3. Artikel 1 en artikel 26 lid 2 Zesde richtlijn moeten gewijzigd worden in die zin dat implementatie van die richtlijn niet meer optioneel maar dwingend is (*paragraaf 4.6, aanbeveling 3*).
4. Een EU-richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing kan verwijzingen bevatten naar de Zesde richtlijn betreffende nationale splitsing en wat betreft de regels die specifiek zien op grensoverschrijdende splitsing voortborduren op de beginselen van de Tiende richtlijn (*paragraaf 4.6, aanbeveling 4*).
5. Een EU-richtlijn betreffende grensoverschrijdende splitsing heeft idealiter een zo ruim mogelijke reikwijdte, zowel wat betreft de vormen van grensoverschrijdende splitsing als de rechtsvormen die partij kunnen zijn bij grensoverschrijdende splitsing (*paragraaf 4.6, aanbeveling 5*).
6. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing die in de toekomst op unieniveau zal bestaan, sluit een eerder tot stand gekomen regeling op nationaal, Nederlands niveau niet uit (*paragraaf 4.6, aanbeveling 6*).
7. Niettegenstaande een regeling op unieniveau omtrent grensoverschrijdende splitsing kan de Nederlandse wetgever het initiatief nemen tot het opstellen van wetgeving omtrent grensoverschrijdende splitsing waarbij ook vennootschappen betrokken zijn die niet worden beheerst door het recht van een EU-lidstaat. Dat zou het vestigingsklimaat voor ondernemingen in Nederland in relatie tot jurisdicties in de rest van de wereld verbeteren (*paragraaf 4.6, aanbeveling 7*).
8. Het is wenselijk dat er wetgeving komt die vennootschappen die worden beheerst door het recht van Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten of door het recht van de openbare lichamen Bonaire, Saba en Sint Eustatius in staat stelt partij te zijn bij een ‘grensoverschrijdende’ splitsing binnen het Koninkrijk der Nederlanden (*paragraaf 4.6, aanbeveling 8*).
9. De reikwijdte van artikel 2 SE-Verordening moet worden uitgebreid, zodat een SE ook kan worden gevormd in het kader van een grensoverschrijdende splitsing (*paragraaf 4.6, aanbeveling 9*).

10. Een EU-richtlijn omtrent grensoverschrijdende splitsing is een goede en noodzakelijke aanvulling op de reeds bestaande regelingen omtrent grensoverschrijdende herstructureringen en verschaft duidelijkheid over welke rechtsvormen betrokken kunnen zijn bij een grensoverschrijdende splitsing (*paragraaf 6.4, aanbeveling 1*).
11. Een lijst op unieniveau waarin is opgenomen welke rechtsvormen als gelijk, gelijkwaardig of gelijkaardig kunnen worden beschouwd, zou een wenselijke aanvulling zijn (*paragraaf 6.4, aanbeveling 2*).
12. De Zesde richtlijn moet worden uitgebreid tot vennootschappen van het b.v.-type. In dat kader kan ook Richtlijn 2011/35/EU betreffende nationale fusie in lijn worden gebracht met de Tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie en worden uitgebreid tot vennootschappen van het b.v.-type (*paragraaf 6.4, aanbeveling 3*).
13. De Zesde richtlijn en een toekomstige regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing zou lidstaten slechts de mogelijkheid moeten bieden (grensoverschrijdende) splitsing niet toe te staan indien een vennootschap is verwickeld in een insolventieprocedure als bedoeld in Bijlage A van de EG-Insolventieverordening (Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures) (*paragraaf 6.4, aanbeveling 4*).
14. Artikel 2 lid 2 Zesde richtlijn jo. artikel 3 lid 2 Richtlijn 2011/35/EU moeten dwingend worden zodat een ontbonden vennootschap partij mag zijn bij een (grensoverschrijdende) splitsing, mits nog geen begin is gemaakt met de verdeling van het vermogen onder de aandeelhouders (*paragraaf 6.4, aanbeveling 5*).
15. Als de Nederlandse wetgever beklemd vermogens van rechtspersonen wil beschermen, zal ofwel (i) de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing van rechtspersonen, anders dan naamloze vennootschappen, moeten worden uitgesloten, dan wel (ii) een veiligheidsklep moeten worden ingebouwd, bestaande uit (a) rechterlijke machtiging voor een grensoverschrijdende splitsing van een vennootschap met een beklemd vermogen, of (b) een verzetrecht van de minister van Veiligheid en Justitie als een vennootschap met een beklemd vermogen grensoverschrijdend splitst (*paragraaf 6.4, aanbeveling 6*).
16. De Zesde richtlijn moet dwingend worden gemaakt in die zin dat iedere lidstaat een vorm van zuivere splitsing en een vorm van afsplitsing moet toestaan, zowel in de vorm van splitsing door overneming als in de vorm van splitsing door oprichting van een nieuwe vennootschap (*paragraaf 6.4, aanbeveling 7*).
17. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unie- of nationaal niveau zou moeten voorschrijven dat het voorstel tot grensoverschrijdende splitsing meer gegevens moet bevatten dan het voorstel tot nationale splitsing. Hierbij kan aangesloten worden bij artikel 5 Tiende richtlijn (*paragraaf 7.14, aanbeveling 1*).
18. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unie- of nationaal niveau zou moeten voorschrijven dat, wat betreft de vorm van het voorstel

- tot grensoverschrijdende splitsing, de *lex societatis* van de bij de grensoverschrijdende splitsing betrokken vennootschappen dat het strengste voorschrift bevat, van toepassing is (*paragraaf 7.14, aanbeveling 2*).
19. Ten aanzien van de rol van de deskundige (accountant) bij grensoverschrijdende splitsing moet in een regeling op unieniveau een bepaling vergelijkbaar met artikel 8 lid 1 Tiende richtlijn worden opgenomen (*paragraaf 7.14, aanbeveling 3*).
 20. In geval van een outbound-grensoverschrijdende splitsing moet de Nederlandse wetgever bepalen dat de ‘ten minste verklaring’ tevens ziet op de minderheidsaandeelhouders te betalen schadeloosstellingen (*paragraaf 7.14, aanbeveling 4*).
 21. Bij een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing, moet de werking van artikel 2:334aa lid 2 BW en artikel 2:334bb BW beperkt worden tot de door Nederlands recht beheerste vennootschappen die betrokken zijn bij de grensoverschrijdende splitsing (*paragraaf 7.14, aanbeveling 5*).
 22. Publicatie van documenten voor de grensoverschrijdende splitsing ten kantore van de vennootschap moet ook geschieden ten behoeve van de ondernemingsraad of voor de werknemers van de vennootschap, naar analogie met artikel 7 Tiende richtlijn (*paragraaf 7.14, aanbeveling 6*).
 23. Bij een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing moet ten aanzien van de door Nederlands recht beheerste vennootschap die betrokken is bij de grensoverschrijdende splitsing bepaald worden dat de grensoverschrijdende splitsing, naar analogie met artikel 2:333e BW, wordt aangekondigd in de Staatscourant, dan wel via een nieuw daartoe in te richten digitaal platform (*paragraaf 7.14, aanbeveling 7*).
 24. Bij een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op nationaal niveau zou de mogelijkheid voor crediteuren in verzet te komen tegen de grensoverschrijdende splitsing opengesteld moeten worden voor crediteuren van de verkrijgende vennootschap(en), respectievelijk splitsende vennootschap (*paragraaf 7.14, aanbeveling 8*).
 25. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau zou moeten voorzien in volledige harmonisatie betreffende stelsels van crediteurenbescherming. Hierbij bestaat een voorkeur voor een systeem van combinatie van ‘ex-ante’ en ‘ex-post’ bescherming. In dat kader zouden ook de regels betreffende crediteurenbescherming bij nationale fusie, nationale splitsing en grensoverschrijdende fusie geharmoniseerd moeten worden (*paragraaf 7.14, aanbeveling 9*).
 26. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet wat betreft de bescherming van minderheidsaandeelhouders die zich als minderheid tegen de grensoverschrijdende splitsing hebben verzet, overeenstemmen met artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn. Bij de implementatie van deze regeling in nationale wetgeving moet de Nederlandse wetgever een recht op schadeloosstelling opnemen voor houders van gewone aandelen die zich als minderheid tegen de grensoverschrijdende splitsing van een door Nederlands recht beheerste vennootschap hebben verzet. Een voorziening moet opgenomen worden

- ter voorkoming van een ongewenste cumulatie met artikel 2:334ee1 BW. Een uitzondering moet gelden op het beginsel van volledige uittreding door een aandeelhouder indien die aandeelhouder naast gewone aandelen ook aandelen zonder stemrecht en/of winstrecht houdt. Het recht op schadeloosstelling hoeft niet te gelden voor het geval van de grensoverschrijdende toepassing van de hybride splitsing in de zin van artikel 2:334hh lid 1 BW en de grensoverschrijdende inbound-driehoekssplitsing, waarbij een door Nederlands recht beheerste vennootschap splitst en niet de verkrijgende, door het recht van een andere staat beheerste vennootschap aandelen toekent, maar een door Nederlands recht beheerste groepsmaatschappij van die verkrijgende vennootschap (*paragraaf 7.14, aanbeveling 10*).
27. Ter voorkoming van obstakels bij de uitvoering van grensoverschrijdende splitsing, zou de bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, zoals bijvoorbeeld in het geval van grensoverschrijdende fusie thans is opgenomen in artikel 16 Tiende richtlijn, zo veel als mogelijk moeten worden vermeden (*paragraaf 7.14, aanbeveling 11*).
 28. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau aansluiten bij artikel 16 Tiende richtlijn wat betreft de gevallen waarin over vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap onderhandeld moet worden. Daardoor bestaat een consistente benadering ten aanzien van bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende herstructureringen (*paragraaf 7.14, aanbeveling 12*).
 29. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet bepaald worden dat een Bijzondere Onderhandelingsgroep (BOG) geformeerd wordt uit de werknemers die na de splitsing werkzaam zullen zijn bij de betreffende verkrijgende vennootschap, mede omvattende de reeds werkzame werknemers van de verkrijgende vennootschap indien die verkrijgende vennootschap reeds bestaat (*paragraaf 7.14, aanbeveling 13*).
 30. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau in het kader van bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing bepalen dat onderhandelingen plaatsvinden met het bestuur van iedere verkrijgende vennootschap. Wordt de verkrijgende vennootschap in het kader van de grensoverschrijdende splitsing nieuw opgericht, dan moet de regeling bepalen dat onderhandelingen moeten plaatsvinden tussen de BOG en het bestuur van de splitsende vennootschap namens de in het kader van de grensoverschrijdende splitsing op te richten verkrijgende vennootschap (*paragraaf 7.14, aanbeveling 14*).

31. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau in het kader van bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing bepalen dat de BOG moet kunnen afzien van het voeren van onderhandelingen, met als resultaat dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van het recht van de staat dat van toepassing is op iedere verkrijgende vennootschap geldt (*paragraaf 7.14, aanbeveling 15*).
32. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau in het kader van bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing bepalen dat het bestuur van de splitsende vennootschap – indien de verkrijgende vennootschap(en) in het kader van de splitsing nieuw wordt of worden opgericht –, dan wel het bestuur of de besturen van de verkrijgende vennootschap(en) – indien de verkrijgende vennootschap(en) reeds bestaan – de mogelijkheid heeft of hebben af te zien van onderhandelingen met de BOG, met als resultaat dat de referentievoorschriften als bedoeld in Richtlijn 2001/86/EG van toepassing zijn (*paragraaf 7.14, aanbeveling 16*).
33. Gesteld dat bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing noodzakelijk wordt geacht, moet een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau in het kader van bescherming van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende splitsing bepalen dat onderhandelingen over vennootschapsrechtelijke medezeggenschap opnieuw moeten worden gestart indien binnen drie jaren na het van kracht worden van de grensoverschrijdende splitsing een nationale of grensoverschrijdende fusie of splitsing wordt uitgevoerd. Dat is in overeenstemming met artikel 16 lid 7 Tiende richtlijn (*paragraaf 7.14, aanbeveling 17*).
34. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet bepalen dat een door een lidstaat aan te wijzen autoriteit in de outbound-lidstaat een attest moet afgeven (*paragraaf 7.14, aanbeveling 18*).
35. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet bepalen dat een door een lidstaat aan te wijzen autoriteit in de inbound-lidstaat moet toezien op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing en de eventuele oprichting van een nieuwe vennootschap in dat kader (*paragraaf 7.14, aanbeveling 19*).
36. De Nederlandse wetgeving omtrent (grensoverschrijdende) splitsing moet worden gewijzigd, zodat nationale en grensoverschrijdende splitsingen onder voorwaarde of tijdsbepaling van kracht kunnen worden. De Zesde richtlijn zou hiertoe dwingend kunnen worden gemaakt (*paragraaf 7.14, aanbeveling 20*).
37. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet bepalen dat een grensoverschrijdende splitsing in principe van kracht wordt

- op het moment zoals dat is bepaald in het recht van de staat dat van toepassing is op de splitsende vennootschap, tenzij is bepaald dat de grensoverschrijdende splitsing onder voorwaarde of tijdsbepaling van kracht wordt (*paragraaf 7.14, aanbeveling 21*).
38. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet bepalen dat de grensoverschrijdende splitsing ten aanzien van de splitsende vennootschap pas wordt ingeschreven als de grensoverschrijdende splitsing is ingeschreven ten aanzien van de verkrijgende vennootschap(en). Hierbij kan aangesloten worden bij de systematiek van 13 lid 2 Tiende richtlijn (*paragraaf 7.14, aanbeveling 22*).
 39. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet voorzien in de formulering van een unierechtelijk begrip van ‘vermogensovergang’ bij grensoverschrijdende splitsing. Dat begrip kan ook worden gehanteerd bij grensoverschrijdende fusie (*paragraaf 7.14, aanbeveling 23*).
 40. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet voorzien in een dwingend raamwerk betreffende de vestiging van vergelijkbare beperkte rechten op de door de verkrijgende vennootschap(en) toegekende aandelen en bijzondere rechten, indien de aandelen en bijzondere rechten in de splitsende vennootschap bezwaard waren met dat soort beperkte rechten (*paragraaf 7.14, aanbeveling 24*).
 41. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet voorzien in volledige harmonisatie betreffende de aansprakelijkheid van de verkrijgende vennootschap(en) en de voortbestaande splitsende vennootschap voor verbintenissen van de splitsende vennootschap, zodat deze aansprakelijkheid ofwel beperkt is tot het bij de splitsing verkregen netto-actief vermogen, dan wel onbeperkt is (*paragraaf 7.14, aanbeveling 25*).
 42. Een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing op unieniveau moet voorzien in de uitsluiting van de mogelijkheid tot vernietiging of het invoeren van nietigheid van grensoverschrijdende splitsing. Deze uitsluiting moet niet alleen zien op de uitsluiting van de beperkte vernietigingsgronden zoals die zijn opgenomen in artikel 19 Zesde richtlijn, maar ook op de uitsluiting van andere vernietigingsgronden – zoals de actio pauliana – of mogelijkheden de nietigheid van een grensoverschrijdende splitsing in te roepen (*paragraaf 7.14, aanbeveling 26*).
 43. Non-existentie van grensoverschrijdende splitsing – als separaat begrip naast de vaststelling van nietigheid of vernietiging van grensoverschrijdende splitsing – moet zo veel mogelijk worden teruggedrongen (*paragraaf 7.14, aanbeveling 27*).
 44. Gesteld dat in een regeling omtrent grensoverschrijdende splitsing wel ruimte zou zijn voor non-existentie, dan moet worden bepaald dat een grensoverschrijdende splitsing slechts non-existent is wanneer een grensoverschrijdende splitsing niet voldoet aan nauwkeurig limitatief omschreven en op EU-niveau geharmoniseerde ‘wezenskenmerken’. Die ‘wezenskenmerken’ zouden zich dan moeten beperken tot de specifieke kenmerken van grensoverschrijdende splitsing, zoals (i) de

betrokkenheid van slechts één (en niet meerdere) splitsende vennootschap(en) bij een grensoverschrijdende splitsing, (ii) de overgang onder algemene titel en (iii) de goedkeuring van de autoriteiten in de outbound- en inbound-lidstaat. Bovendien moet in dat geval bepaald worden dat de non-existentie slechts kan worden vastgesteld door een rechter, zoals bij inroepen van nietigheid het geval zou zijn (*paragraaf 7.14, aanbeveling 28*).

SUMMARY AND RECOMMENDATIONS

1 Introduction

The subject of this Ph.D. research is *cross-border division of companies with limited liability*.

Cross-border division is the legal act pursuant to which a company, governed by the law of a state, divides – using the possibility of *legal division* – as a consequence of which:

- (i) assets and liabilities of the dividing company transfer from the dividing company under universal title of succession by operation of law to one or more acquiring companies, that is (or are) governed by the law of another state; and
- (ii) the shareholders of the dividing company become shareholders of the acquiring company or companies.

The acquiring company or companies may already exist prior to the division becoming effective or can be newly formed in the framework of the cross-border division.

For example: a company governed by Dutch law divides, pursuant to which a company governed by the laws of Germany and a company governed by the laws of France acquire assets and liabilities under universal title of succession by operation of law from the dividing company. The shareholders of the dividing company become shareholders of both the company governed by German law and the company governed by French law.

In general, there are two types of legal division:

- (i) the division by which the dividing company ceases to exist pursuant to the division becoming effective and in which at least two acquiring companies are involved; this is referred to as “*full division*”; and
- (ii) the division by which the dividing company does not cease to exist pursuant to the division becoming effective and in which a part of its assets and liabilities transfers under universal title of succession to at least one acquiring company; this is referred to as “*partial division*”.

2 Outline research

In this research, the main research question is formulated as follows:

Does cross-border division have, from a legal point of view and a cost efficiency point of view, advantages in comparison with other existing methods of cross-border corporate restructurings; is cross-border division possible and, if cross-border division is possible, which rules have to be applied to effectuate a cross-border division?

To answer this main research question, six sub-questions have been formulated:

1. *Is there a need for the possibility of cross-border division in comparison with other existing corporate cross-border restructurings and is there a need for the possibility of cross-border division from a cost-efficiency point of view?*
2. *Is cross-border division possible?*
3. *Which conflict of laws rules can be used with respect to cross-border division?*
4. *Which types of cross-border division are possible? This question can be divided into two sub-questions: (i) which corporate legal forms can be involved in a cross-border division and (ii) which types of cross-border division are possible?*
5. *Which rules have to be applied when implementing a cross-border division?*
6. *Is there a need for legislation on cross-border division and if so, which requirements should that legislation meet?*

The scope of this Ph.D. research is limited to the cross-border division of companies with limited liability within the Member States of the European Union (“EU”).

3 Advantages of cross-border division in relation to other corporate restructurings

Recent decades have seen several developments in the field of corporate mobility of companies within the Member States of the EU. The possibility of forming supranational legal forms, such as the *Societas Europaea* (“SE”) and the *Societas Cooperativa Europaea* (“SCE”) on the basis of the SE Regulation¹ and the SCE Regulation,² and the possibility of cross-border merger by which such supranational legal forms are created or the possibility of transferring the official seat and head office of an SE or SCE, have improved the corporate mobility of companies within the EU.

1 Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), Official Journal L 294, 10.11.2001, p. 1.

2 Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE), Official Journal L 207, 18.8.2003, p. 1.

Apart from supranational legal forms, there have been other developments in the field of corporate mobility of companies within the EU. These developments arise from (i) the harmonization of company law through European Directives and (ii) case law of the Court of Justice of the EC/EU.³

The most important European directives regarding (cross-border) corporate restructurings are the (former) Third directive on legal merger⁴ (now Directive 2011/35/EU),⁵ the Sixth directive on legal division⁶ and the Tenth directive on cross-border legal merger.⁷ Directive 2011/35/EU and the Tenth directive together form the legal framework for cross-border merger of companies with limited liability. Although there is no European directive yet on the subject of cross-border division, the Sixth directive, being the framework for national divisions, forms the basis for cross-border divisions.

The most important case law of the Court of Justice of the EC/EU with respect to cross-border divisions is to be found in the *Sevic* case,⁸ the *Cartesio* case⁹ and the *Vale* case.¹⁰

In the *Sevic* case, the recognition of a cross-border merger between a German Aktiengesellschaft (public company with limited liability under German law), as the “surviving” company, and its subsidiary, a Luxembourg Société Anonyme (public company with limited liability under Luxembourg law), as the “disappearing” company, was under discussion.¹¹ The Court of Justice of the EC ordered that *cross-border mergers* constitute particular methods of the exercise of the freedom of establishment as laid down in sections 43 and 48 EC Treaty (now sections 49 and 54 TFEU¹²).¹³ Therefore, a cross-border merger can be implemented on the basis of the

3 The Court of Justice of the European Union was formerly named: Court of Justice of the European Community.

4 Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, Official Journal L 295, 20.10.1978, p. 36 – 43.

5 Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies, Official Journal L 110, 29.04.2011, p. 1 – 11.

6 Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies, Official Journal L 378, 31.12.1982, p. 47 – 54.

7 Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, Official Journal L 310, 25.11.2005, p. 1 – 9.

8 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 December 2005, *SEVIC Systems AG*, Case C-411/03, European Court reports 2005 p. I-10805.

9 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 December 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, Case C-210/06, European Court reports 2008 p. I-09641.

10 Judgment of the Court (Third Chamber) of 12 July 2012, *Vale Építési kft.*, Case C-378/10, European Court reports 2012, p. 00000.

11 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 December 2005, *SEVIC Systems AG*, Case C-411/03, European Court reports 2005, p. I-10805.

12 Treaty on the Functioning of the European Union.

13 *Sevic* case, consideration 19.

freedom of establishment. The existence of a written legal framework for cross-border mergers is not a precondition for the implementation of a cross-border merger on the basis of the freedom of establishment.¹⁴

The *Cartesio* case and the *Vale* case concerned the cross-border transfer of the seat of a company from one Member State of the EU to another. In the *Cartesio* case, the Court of Justice of the EC held that the freedom of establishment does not entail the right of a company to transfer its seat to another Member State of the EU (the “Host Member State”), while remaining to be governed by the laws of the original Member State of the EU (the “Home Member State”).

However, the Court of Justice of the EC stated, in an obiter dictum, that the situation where the seat of a company incorporated under the law of one Member State of the EU is transferred to another Member State of the EU with no change as regards the law applicable to that company, has to be distinguished from the situation where a company governed by the law of one Member State of the EU transfers its seat to another Member State of the EU with an *attendant change* as regards the *national law applicable to that company*, since in the latter situation the company is *converted* into a corporate legal form which is governed by the laws of that Member State (the Host Member State). A barrier to the *actual conversion* of such a company, without prior winding-up or liquidation, into a company governed by the law of the Host Member State – to which Member State it wishes to relocate – constitutes a prohibited restriction on the freedom of establishment. The Court of Justice of the EC clarified in the *Cartesio* case that cross-border conversions fall within the scope of the freedom of establishment, but only “to the extent that it is permitted under that law to do so” (consideration 112 in the *Cartesio* case). This has been interpreted to mean that cross-border conversions are only possible if the Host Member State allows cross-border conversions of companies under the laws of other Member States into companies under its own laws.

Although the *Cartesio* case provided certainty on the possibility of implementing an “outbound cross-border conversion”, the restriction “to the extent that it is permitted under that law” created a certain level of uncertainty. After the judgment in the *Cartesio* case, questions were raised in literature and practice as to the interpretation of this restriction. The Court of Justice of the EU has given a clear answer to such questions in the *Vale* case.

In the *Vale* case, a cross-border conversion of a company governed by the laws of Italy into a company under the laws of Hungary was under discussion. The Court of Justice of the EU held that cross-border conversions fall within the scope of the freedom of establishment as laid down in sections 49 and 54 TFEU. It follows from this case that Member States cannot prohibit, in a general manner, the conversion of a company governed by the laws of its own Member State. The Court of Justice of

¹⁴ *Sevic* case, consideration 26 and *Vale* case, consideration 38. When the Court of Justice of the EC delivered its decision in the *Sevic* case, the Tenth directive on cross-border merger had not entered into force (see section 20 Tenth directive).

the EU concluded that the freedom of establishment must be interpreted as *precluding* national legislation which enables companies established under national law to convert, but does not allow, in a general manner, companies governed by the law of another Member State to convert into companies governed by national law by incorporating such a company.¹⁵

The main conclusion that can be derived from the Vale case is that not only do outbound cross-border conversions fall within the scope of the freedom of establishment – which had already been confirmed in the Cartesio case – but so also do inbound cross-border conversions.

Furthermore, it can be derived from the Sevic case, the Cartesio case and the Vale case that the term “conversion” has to be interpreted broadly and does not only refer to the change of the legal form and applicable law to a company, but also to other types of corporate restructurings, such as, for example, cross-border mergers that are not covered by the Tenth directive.

In relation to the other cross-border corporate restructuring methods as described above, cross-border division has several advantages. Although the same result as a cross-border division can be achieved with:

- (i) a transfer of separate assets and liabilities;
- (ii) a transfer of shares in a (subsidiary) company;
- (iii) a national division (in the outbound Member State), followed by a cross-border merger – whether or not on the basis of the SE Regulation, the SCE Regulation or the Tenth directive – or a cross-border conversion;
- (iv) a cross-border merger or cross-border conversion followed by a national division in the inbound Member State; or
- (v) other corporate restructuring methods which are based on national legislation only and not on EU secondary law,

cross-border division has several advantages compared with these other cross-border corporate restructuring methods. Cross-border division consists of *one legal act*, while the alternatives that are mentioned above consist of more than one legal act. Therefore, cross-border division can have advantages from a cost efficiency point of view for companies.

Furthermore, cross-border division has specific characteristics in comparison with other cross-border corporate restructurings. No other restructuring method provides for the possibility by which a company ceases to exist; by which two or more companies acquire assets and liabilities under universal title of succession from the dividing company; or by which a part of the assets and liabilities of the dividing company transfers under universal title of succession to one or more acquiring companies while the transferring company does not cease to exist.

¹⁵ Vale case, consideration 41.

Another advantage of cross-border division in comparison with cross-border conversion is that a cross-border division entails an actual transfer of assets and liabilities, while cross-border conversion takes place without any transfer of assets and liabilities: the converting company remains the same legal person. Therefore, the possibility of cross-border division is also a complement to the other possibilities of cross-border corporate restructurings.

Cross-border division also improves the possibilities for companies to access and to benefit from economic markets in other Member States. Thus, cross-border division does not only have advantages for companies themselves, but also improves the proper functioning of the internal market of the EU.

4 The possibility of cross-border division

The law of the EU, as it stands, does not explicitly provide for written legislation on cross-border division: Directive 2011/35/EU only concerns national legal mergers, the Tenth directive only concerns cross-border legal mergers and the Sixth directive only concerns national divisions and not cross-border divisions. Also, neither the SE Regulation, nor the SCE Regulation provides for the possibility of cross-border division. However, in the framework of the transposition of the Tenth directive on cross-border mergers in national legislation, a few Member States also drew up legislation on cross-border divisions on their own initiative. These Member States are: Denmark, Finland, Iceland, Luxembourg, Spain and the Czech Republic. From the perspective of the laws of those Member States, the answer to the question whether cross-border division is possible can be found in such legislation. From the perspective of other Member States that have not chosen to draw up legislation on cross-border division, the question whether cross-border division is possible can be found in the freedom of establishment (sections 49 and 54 TFEU), as EU secondary legislation on this subject is lacking.

In the *Sevic* case, the Court of Justice of the EC considered that “cross-border merger operations, like other company transformation operations, respond to the needs for cooperation and consolidation between companies established in different Member States” and that “they constitute particular methods of exercise of the freedom of establishment”.¹⁶

In the *Sevic* case, a provision of German law was under discussion (§ 1 of the German Act on corporate restructurings (“Umwandlungsgesetz”)), in which different forms of corporate restructurings are described: (inter alia) merger, conversion (change of corporate legal form) and division. It is therefore clear that the Court of Justice of the EC also had in its mind the possibility of cross-border division, when it referred to “other company transformation operations”. Furthermore, cross-border

¹⁶ *Sevic* case, consideration 19.

division also responds to the need for cooperation and consolidation between companies governed by the laws of different Member States.

In the *Vale* case, the previously mentioned considerations of the *Sevic* case were confirmed.¹⁷ The answer to the question whether cross-border division is possible, can be found in the freedom of establishment. Member States may not treat cross-border divisions differently from national divisions. A difference in treatment constitutes a restriction within the meaning of section 49 TFEU and section 54 TFEU, which is contrary to the right of establishment and can be permitted only if it (i) pursues a legitimate objective compatible with the TFEU and (ii) is justified by imperative reasons of public interest. Member States may, in certain cases, restrict the freedom of establishment, where it concerns imperative reasons of public interest, such as protection of the interests of creditors, minority shareholders and employees and the preservation of the effectiveness of fiscal supervision and the fairness of commercial transactions. It is also necessary, in such a case, that its application must be appropriate to ensuring the attainment of the objective thus pursued and must not go beyond what is necessary to attain it.

It has to be pointed out that the freedom of establishment is only applicable in cases of majority shareholdings.¹⁸ In the case of a cross-border division, it is possible that (i) minority shareholders of the dividing company become minority shareholders of the acquiring company or acquiring companies or (ii) a majority shareholder of the dividing company becomes a minority shareholder of the acquiring company or acquiring companies. If and when the freedom of establishment is not applicable because of the absence of a majority shareholding, the freedom of capital applies (section 63 TFEU).

5 Forms of cross-border division and companies that can be involved in cross-border divisions

Although cross-border division is possible on the basis of the freedom of establishment, the possibilities of cross-border division are not unlimited.

The freedom of establishment is applicable to all forms of corporate restructurings, including (cross-border) division, but cannot go beyond the possibilities of divisions that are possible under the laws of Member States whose laws are applicable to the companies involved in the cross-border division. The freedom of establishment cannot “introduce” new forms of corporate restructurings in other Member States.

¹⁷ *Vale* case, consideration 24.

¹⁸ It must be noted that the concept of “majority shareholding” in EU law may have another meaning than the meaning in the national legislation of the Member States of the EU. In EU law, majority shareholder means each shareholder that has the power to determine the activities of a company.

The scope of the Sixth directive is limited to full divisions and partial divisions. It is very likely that most Member States have introduced both kinds of divisions in their legislation. If and when the outbound Member State as well as the inbound Member States provide for a certain type of division, the companies involved in a certain cross-border division can be involved in that certain type of division. For example, since both Dutch legislation and German legislation provide for the possibility of a partial division, a company governed by Dutch law and a company governed by German law can be involved in a cross-border partial division. Some Member States, such as the Netherlands, also included other types of divisions in their legislation. Under Dutch law, a triangular division is possible. In the case of such a triangular division, a group company of the acquiring company – in most cases the company holding 100% of the shares in the capital of the acquiring company – allots shares to the shareholders of the dividing company instead of the acquiring company itself. The possibility of a triangular division is a rare phenomenon. When the possibility of a triangular division is not contained in the law of another Member State, a company governed by the law of the latter Member State cannot be involved in such a triangular cross-border division.

With respect to the question as to which companies (or legal forms) can benefit from the freedom of establishment, the scope of the freedom of establishment is very wide. The freedom of establishment is applicable to companies or firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the EU (section 54 paragraph 1 TFEU), where “companies or firms” means companies or firms constituted under civil or commercial law, including cooperative societies, and other legal persons governed by public or private law, save for those which are non-profit-making (section 54 paragraph 2 TFEU). Although the scope of the freedom of establishment is wide, the freedom of establishment cannot “introduce” the possibility of cross-border division for companies that cannot be involved in a national division under the laws of a Member State. If, for example, a certain legal form cannot be involved in a national division under the laws applicable to that company, it also cannot be involved in a cross-border division.

6 Conflict of laws with respect to cross-border division

With respect to the law applicable to cross-border divisions, several rules concerning the conflict of laws might be applied. First of all, only the law of the Member State applicable to the dividing company might be applied to the cross-border division. Secondly, only the law of the Member State applicable to the acquiring company might be applied to the cross-border division. Thirdly, both the law of the Member State applicable to the dividing company as well as the law of the Member State applicable to the acquiring company might be applied to the cross-border division.

The three methods mentioned in the previous paragraph have disadvantages. Applying only the law of the Member State applicable to the dividing company has the disadvantage that no provisions of the law of the Member State applicable to the acquiring company are taken into account. In that case, it is for example unclear how the allotment of shares in the capital of the acquiring company will take place and, if the acquiring company is newly formed, how the formation of such company will take place.

Applying only the law of the Member State applicable to the acquiring company has the main disadvantage that no provisions of the law applicable to the dividing company are taken into account. In that case, it is unclear how the dividing company ceases to exist – if that is the case, such as in case of a full division – and how the stakeholders of the dividing company – minority shareholders, creditors and employees – are protected under the law of the Member State applicable to the dividing company.

Applying both the law of the Member State applicable to the dividing company as well as the law of the Member State applicable to the acquiring company has the disadvantage that, when it comes to an accumulation of such laws, either certain parts of the procedure of the cross-border division are not regulated at all – which may specifically arise when the relevant laws and procedures are not directed at companies involved in the cross-border division – or the application of such rules results in a collision.

The first situation – a part of the procedure of the cross-border division is not regulated at all – may for example arise with respect to the protection of creditors in the case of a cross-border division. The protection of creditors is not harmonised through any EU directive: Member States only have to provide for “an adequate system of protection of the interests of creditors” in the case of a national merger, cross-border merger or national division. This has resulted in different systems of creditor protection in the Member States of the EU, namely: (i) a system of creditor protection before the division becomes effective (“protection ex ante”), (ii) a system of protection after the division has become effective (“protection ex post”) and (iii) a combination of both systems.

An example of the situation whereby a part of the procedure of the cross-border division is not regulated at all, is the situation where a company, governed by the law of Germany with a system of creditor protection ex post, is involved in a cross-border division as the dividing company, and a company, governed by the laws of the Netherlands with a system of creditor protection ex ante, is involved in the cross-border division as the acquiring company. In such a case, an accumulation of the laws of both Member States will result in a situation in which the creditors are not protected at all: neither under the laws of Germany, due to the fact that the protection of creditors will take place after the cross-border division has become effective and the dividing company does not exist anymore, nor under the laws of the Netherlands, due to the fact that the protection of creditors will take place before

the cross-border division becomes effective. One could argue that the interests of creditors in such a case are not “adequately protected”.

The second situation – applying both the law of the Member State applicable to the dividing company as well as the law of the Member State applicable to the acquiring company resulting in a collision – may, for example, arise when the laws of the Member States prescribe different procedural requirements. For example, under the laws of Germany, the division plan has to be drawn up as a notarial deed (*Notariatsakt*), while this procedural requirement is not applicable under the laws of other Member States.

To avoid the situation where (i) certain parts of the procedure upon the cross-border division are not regulated at all or (ii) collisions between the laws applicable to the companies involved in a cross-border division arise, another method may be applied that does not have the disadvantages mentioned before; this is the so-called “distinctive cumulative approach”, where both the law applicable to the dividing company and the law applicable to the acquiring company will be applied, but where a *distinction* will be made between certain parts of the cross-border division. Applying this “distinctive cumulative approach” results in a *balanced application* of the law applicable to the dividing company on the one hand and the law applicable to the acquiring company on the other hand: if the application of the law of one Member State is *sufficient*, only the rules of the law of that Member State will be applied, but if the application of the laws of both Member States involved is *necessary*, then the laws of both Member States must be applied.

The question arises as to how detailed such a distinction should be. In this research, I distinguished the following areas:

- a) The preconditions for cross-border division.
- b) The pre-cross-border division phase.
- c) The position of creditors and the protection of their interests.
- d) The position of minority shareholders and the protection of their interests.
- e) The position of employees and the protection of their interests.
- f) The decision-making process relating to the cross-border division.
- g) The role of (competent) authorities in each Member State.
- h) The legal effectiveness of a cross-border division.
- i) The registration of a cross-border division.
- j) The transfer of assets and liabilities as a consequence of a cross-border division.
- k) The exchange of shares.
- l) Nullity of a cross-border division

The conflict of laws rules that could be applied to each of the areas described above can be summarised as follows:

a) The preconditions for cross-border division

With respect to the preconditions for cross-border division, the law applicable to each company involved in the cross-border division should be applied distributively: each

company must comply with the rules of its own applicable law. For example: if a Dutch company is allowed to be involved in a division, it can also be involved in a cross-border division, but the law applicable to other companies involved in the cross-border division does not have to be applied to the Dutch company. It goes without saying that, to effect a cross-border division, it is necessary that each company should be able to be involved in a (cross-border) division, because of the fact that the freedom of establishment cannot “introduce” the possibility of cross-border division of companies that cannot be involved in a division under their national law.

b) The pre-cross-border division phase

The pre-cross-border division phase consists, inter alia, of:

- (i) drawing up the cross-border division proposal;
- (ii) drawing up the explanatory notes to the cross-border division proposal;
- (iii) appointing external auditors and the role of external auditors who have to examine, inter alia, the cross-border division proposal; and
- (iv) filing the cross-border division proposal, the explanatory notes to the cross-border division proposal and its annexes with trade registers and the offices of the companies involved in the cross-border division.

With respect to the pre-cross-border division phase, the laws applicable to the companies involved in the cross-border division should be applied as distributively as possible, save for those documents that have to be drawn up by all companies involved in the cross-border division together, such as is the case for a cross-border division where an acquiring company exists prior to the cross-border division. The explanatory notes to the cross-border division proposal only have to comply with the provisions of the law applicable to the company to which the explanatory notes relate – as the explanatory notes only describe the effects of the cross-border division with respect to one company and the effects of cross-border division may differ for each company. If obligatory under the laws applicable to the companies involved in a cross-border division, external auditors should be appointed. The appointment of external auditors should be limited to the appointment of no more than one external auditor for each company involved in the cross-border division.

If under the laws of a company involved in a cross-border division certain statements are required which specifically relate to (minimum) capital requirements, such statements should only be issued with respect to the company to which such (minimum) capital requirements are applicable. With respect to the filing of the cross-border division proposal and other documents, each company can follow its own applicable law.

c) The position of creditors and the protection of their interests

The position of creditors is one of the most interesting and important aspects of a cross-border division. In the Member States of the EU, systems of creditor protection are not harmonised at all. This has resulted in creditor protection systems which

are applicable before the (cross-border) merger or division becomes effective, systems which are applicable after the (cross-border) merger or division has become effective and a combination of both types of systems. By applying the laws of the companies involved in a cross-border division, this may (as mentioned above) lead to a situation in which (i) creditors are protected twice over (before the cross-border division becomes effective and after the cross-border division has become effective), or (ii) creditors are not protected at all. The latter situation should be avoided, as in such a case the interests of creditors are not adequately protected (which is, from a EU law perspective, not desirable, taking into account the background of Directive 2011/35/EU on national mergers, the Sixth directive on national divisions and the Tenth directive on cross-border mergers). The situation where creditors are protected twice over should also be avoided, as creditors whose interests have been protected before the cross-border division has become effective, will be confronted with protection of (other) creditors after the cross-border division has become effective.

The situation where creditors are not protected at all could be avoided by giving the creditors of all companies involved in the cross-border division the opportunity to benefit from the creditor protection systems under the law of the Member State applicable to the dividing company and/or the law of the Member State applicable to the acquiring company. However, when drafting legislation on the subject of cross-border division, the EU legislator or the national legislators of the Member States should pay attention to the subject of creditor protection by cross-border divisions.

d) The position of minority shareholders and the protection of their interests

The position of minority shareholders and the protection of their interests should be governed by the laws of the Member States on a distributive basis: minority shareholders of the dividing company are protected under the laws applicable to the dividing company and the minority shareholders of the acquiring company are protected under the laws of that Member State. It should be noted that, in most cases, there is only a need for protection of the minority shareholders of the dividing company, as this company ceases to exist and the shareholders of this company become shareholders of the acquiring company – and thus are governed by the law of another Member State.

e) The position of employees and the protection of their interests

The position of employees and the protection of their interests in the case of a cross-border division is of particular importance. The EU legislator made a great effort to protect the participation rights of employees – i.e. the influence of employees and/or employees' representatives in the affairs of a company by way of the right to elect or appoint some of the members of the company's supervisory or administrative organs, or the right to recommend and/or oppose the appointment of some or all of the members of the company's supervisory or administrative organs – in the case of a cross-border merger where an SE is formed and in the case of a cross-border

merger which is based on the Tenth directive. This has resulted in a highly complex system of employee participation where, in some cases, a so-called “Special Negotiating Body” has to be formed to negotiate with the management boards of the merging companies on employee participation in the acquiring company. As long as there is no agreement between the Special Negotiating Body and the management boards of the merging companies on employee participation in the acquiring company, the cross-border merger cannot take place.

In practice, the system of protection of the interests of employees with employee participation rights, as used for cross-border mergers, has been seen as a barrier to effectuating cross-border mergers. It is very likely that a similar system for the protection of employees with employee participation rights for cross-border divisions would result in a (new) barrier to effectuating cross-border divisions. Furthermore, it could be argued that, in an ideal situation, in the internal market of the EU it should make no difference by which law a company is governed and which employee participation rights are applicable.

In an ideal situation, the protection of employees with employee participation rights should not be a barrier to effectuating cross-border divisions. Avoiding such barrier could be achieved by applying the employee participation rules as laid down in the applicable law to the acquiring company only. Of course, in that case, employee participation might take place “on a lower level” after the cross-border division has become effective, compared with the situation before the cross-border division became effective. In that case, employee participation rights might be diminished upon the cross-border division becoming effective.

To guarantee that employee participation rights in the case of a cross-border division are adequately secured, if this is desirable, the same system that has been used in the Tenth directive on cross-border mergers could be applied to cross-border divisions. This would result in the following rules:

1. In principle, each acquiring company will be subject to the rules concerning employee participation under the law of the Member State where the respective acquiring company has its registered office, save for the exceptions below.
2. The general rule as described in 1 above will not be applicable if the dividing company has, in the six months before the publication of the draft terms of the cross-border division, an average number of employees that exceeds 500 and is operating under an employee participation system within the meaning of section 2(k) of Directive 2001/86/EC.
3. Or, the general rule as described in 1 above will not be applicable where the law of the Member State where the acquiring company has its registered office does not provide for at least the same level of employee participation as operates in the dividing company, measured by reference to the proportion of employee representatives amongst the members of the administrative or supervisory organs or their committees or of the management group which covers the profit units of the company, subject to employee representation.

4. Or, the general rule described in 1 above will not be applicable where employees of establishments of the acquiring company that are situated in Member States other than that of the acquiring company do not have the same entitlement to exercise participation rights as is enjoyed by those employees employed in the Member State where the acquiring company has its registered office.

When the exceptions as described under (2), (3) and (4) above are applicable, employee participation rights will not be governed by the law applicable to the acquiring company. Instead of that, the management boards of the acquiring company – or, if the acquiring companies are to be newly formed in the framework of the cross-border division, the management board of the dividing company on behalf of the new acquiring companies – will have to start negotiations on employee participation in each acquiring company with a Special Negotiating Body. If there is more than one acquiring company, then a Special Negotiating Body should be formed for each acquiring company. Only (future) employees of each acquiring company can be a member of the respective Special Negotiating Body.

If the management board of the dividing company will not start negotiations on employee participation in the acquiring company, it is obvious that the Standard Rules on employee participation as contained in the Annex to Directive 2001/86/EC should apply. If the members of the Special Negotiating Body do not want to start negotiations on employee participation in the acquiring company, the acquiring company will be subject to the rules concerning employee participation under the law of the Member State where the respective acquiring company has its registered office.

f) The decision-making process relating to the cross-border division

The decision-making process is governed by the laws of each Member State on a distributive basis. The law applicable to each company involved in a cross-border division determines how the decision-making process works, which company body is authorised to decide upon the cross-border division and which majorities should be applied to such resolutions.

g) The role of (competent) authorities in each Member State

The legality of a cross-border division should be scrutinised by competent authorities in each Member State whose law is applicable to each company involved in a cross-border division. The law applicable to each company involved in the cross-border division should be applied distributively.

A competent authority in the Member State whose law is applicable to the dividing company, such as a court, trade register, registrar of the trade register or notary, must issue a pre-cross-border division certificate, conclusively attesting to the proper completion of the pre-cross-border division acts and formalities with respect to the dividing company in the outbound Member State. In the inbound

Member State, whose law is applicable to the acquiring company, the competent authority has to scrutinise the legality of the cross-border division as regards that part of the procedure which concerns the completion of the cross-border division and, where appropriate, the formation of a new company resulting from the cross-border division where the company created by the cross-border division is subject to its national law.

h) The legal effectiveness of a cross-border division

The rules with respect to the legal effectiveness of national mergers and national divisions are not harmonised through Directive 2011/35/EU or through the Sixth directive. This means that the moment at which a division becomes effective may differ from state to state. When a cross-border division is being implemented and the rules of the Member States whose laws are applicable to the companies involved in the cross-border division are being applied on a cumulative basis, a cross-border division may become legally effective at different moments, a situation which should be avoided. The Tenth directive provides for a clear rule with respect to the legal effectiveness of a cross-border merger: a cross-border merger becomes legally effective as per the moment as determined under the law applicable to the acquiring company. Although this rule is very clear, this rule cannot be applied to cross-border divisions as, in a case where there is more than one acquiring company, the cross-border division may become legally effective at different moments. To avoid that situation, cross-border divisions should become legally effective on the date determined in the law applicable to the dividing company.

i) The registration of a cross-border division

The cross-border division should be registered in the trade registers of the companies involved in a cross-border division. First, the cross-border division should be registered with respect to each acquiring company before it is registered with respect to the dividing company. This is in accordance with the system of registration of a cross-border merger. By registering the cross-border division first with respect to each acquiring company and secondly with respect to the dividing company, there is continuity as regards the registration.

j) The transfer of assets and liabilities as a consequence of a cross-border division

The transfer of assets and liabilities as a consequence of a national legal merger, legal division or cross-border merger are not harmonised through Directive 2011/35/EU, or through the Sixth directive or through the Tenth directive. As a consequence of a cross-border division becoming effective, in principle all assets and liabilities – in the case of a full division – or a part of the assets and liabilities – in the case of a partial division – of the dividing company will transfer under universal title of succession by operation of law to each of the acquiring companies. However, as an exception to this rule, (i) the law governing an asset or liability may contain further requirements, (ii) the substance of an agreement or contract underlying an asset or

liability may provide otherwise, and (iii) the nature of the law governing an asset or liability may imply that it does not transfer. Examples of such exceptions are specific personal rights, proprietary legal relationships or contracts, non-proprietary legal relationships such as the right of a company ceasing to exist to appoint directors in other companies and legal relationships under public law. These exceptions should be taken into account when implementing a cross-border division. Future legislation on cross-border division at EU level should contain a uniform definition regarding the transfer of assets and liabilities, which is not only applicable to cross-border divisions, but also to cross-border mergers, which means that the concept of the transfer of the universal title of succession must take precedence over the exceptions on the transfer of assets and liabilities under universal title of succession as described under (i), (ii) and (iii) above.

k) The exchange of shares

The allotment of shares is governed by the laws applicable to each acquiring company. The relationship between the (new) shareholder and the acquiring company is also governed by the law applicable to the acquiring company. The cancellation of shares in the capital of the dividing company is governed by the laws applicable to the dividing company.

l) Nullity of cross-border division

In accordance with the Sixth directive, the laws of the Member States may lay down nullity rules for divisions on certain limited grounds. When implementing a cross-border division, this means that from the perspective of certain Member States a cross-border division may be null and void. For cross-border mergers, the EU legislator explicitly declared in the Tenth directive that cross-border mergers may not be declared null and void. However, this rule is not applicable to cross-border divisions and when implementing a cross-border division, the possibility of nullification of a cross-border division under the laws of one of the Member States whose laws are applicable to the companies involved in the cross-border division should be taken into account.

7 The need for legislation on cross-border division

In this Ph.D. research, I have concluded that cross-border divisions have several advantages in comparison with other cross-border corporate restructurings and that cross-border divisions are possible on the basis of the national legislation of some of the Member States of the EU or the freedom of establishment as laid down in sections 49 and 54 TFEU.

The situation regarding conflict of laws with respect to cross-border divisions is not entirely clear, as there is no statutory legal framework at EU level and only a few Member States have legislation on cross-border division. When implementing a

cross-border division on the basis of the freedom of establishment, the companies involved in the cross-border division, their advisors and the competent authorities in the Member States should pay special attention to the procedure on cross-border division and the protection of the interests of stakeholders, such as creditors, minority shareholders and employees with employee participation rights.

To make cross-border division an attractive method of cross-border corporate restructurings – which also improves the proper functioning of the internal market of the EU – and to provide for a clear statutory legal framework for cross-border division, the European legislature should draw up a European directive on cross-border division. Such a directive on cross-border division should be based on the Sixth directive and on the principles of the Tenth directive.

8 Recommendations

1. For a clear answer to the question of whether cross-border division is possible from an international private law perspective in all Member States of the EU, legislation on cross-border division at EU level has to be drawn up.
2. An EU directive concerning cross-border division is, taking into account the existing system consisting of the Third directive on national mergers (now Directive 2011/35/EU) and the Tenth directive on cross-border mergers, the most appropriate legislative instrument to harmonise the legislation of the Member States of the EU on cross-border division.
3. Section 1 and section 26 paragraph 2 Sixth directive on national division have to be amended as a consequence of which the implementation of the Sixth directive is no longer voluntary but mandatory.
4. An EU Directive on cross-border division should contain references to the Sixth directive on national divisions and, with respect to provisions which will be drawn up especially for cross-border division, it may be based on the principles of the Tenth directive and the conflict rules of international private law contained therein.
5. In an ideal situation, the scope of an EU Directive on cross-border division is as wide as possible, both with respect to the forms of cross-border division and the corporate legal forms that can be involved in a cross-border division.
6. Legislation at EU level on cross-border division does not exclude anterior legislation on cross-border division on the level of the Member States of the EU.
7. Notwithstanding legislation on cross-border division on the level of the Member States of the EU or EU level, the Dutch legislator, as well as other national legislators in the Member States of the EU, may take the initiative to draw up legislation on cross-border division whereby also non-EU companies are involved. Such legislation would improve the competitive positions of each Member State of the EU in relation to other states in the world.

8. It would be desirable for legislation to be enacted on the basis of which companies governed by the laws of the Netherlands, Aruba, Curacao or Saint Martin or governed by the laws of the public bodies of the Netherlands: Bonaire, Saba and Saint Eustatius can be involved in a 'cross-border' division within the Kingdom of the Netherlands.
9. The scope of section 2 SE Regulation has to be extended so that an SE can also be formed in the framework of a cross-border division.
10. An EU Directive on cross-border division is a constructive and necessary supplement to the existing legislation on cross-border corporate restructuring and clarifies which corporate legal forms can be involved in a cross-border division.
11. A list on EU level, in which companies governed by the laws of the Member States of the EU are to be considered as having the same or similar corporate legal form, would be a welcome addition.
12. The scope of the Sixth directive has to be extended to private limited liability companies. Within the framework of that amendment of the Sixth directive, Directive 2011/35/EU concerning national mergers will have to be aligned with the Tenth directive and the scope of Directive 2011/35/EU will also have to be extended to private limited liability companies.
13. The Sixth directive and future legislation on cross-border division should provide that companies that are involved in insolvency proceedings can be involved in a cross-border division, except for companies that are involved in insolvency proceedings as enumerated in Annex A of Council Regulation (EC) no. 1346/2000 on insolvency proceedings.
14. Section 2 paragraph 2 Sixth directive in conjunction with section 3 paragraph 2 Directive 2011/35/EU should be mandatory, so that a dissolved company can be involved in a (cross-border) division, provided that this is restricted to companies which have not yet started to distribute their assets to their shareholders.
15. If the Dutch legislator wishes to protect assets of companies that belong to a so-called non-distributable tied-up capital (*beklemd vermogen*), which is the case if a Dutch foundation has been converted into a limited liability company, it should determine that cross-border division of companies with limited liability – except public limited liability companies – with such tied-up capital is not possible, or it should introduce special safeguards with respect to cross-border divisions, consisting of (i) a court approval for the cross-border division or (ii) the possibility to file objection against the intended cross-border division by the minister of Safety and Justice.
16. The Sixth directive has to be made mandatory, so that every Member State of the EU has to facilitate (i) the division whereby the dividing company ceases to exist and (ii) the division whereby the dividing company does not cease to exist, both in the form of (i) a division by acquisition and (ii) a division by the formation of one or more newly established companies.

17. Legislation on cross-border division on EU level should prescribe that the cross-border division proposal – also referred to as ‘draft terms of cross-border division’ – should contain more information than the national division proposal. Section 5 Tenth directive can be applied by analogy.
18. Legislation on cross-border division on EU level should prescribe that, as to the form of the cross-border division proposal, the law applicable to the companies involved in a cross-border division that contains the most stringent provision should apply.
19. With respect to the role of external experts – auditors – in case of a cross-border division, legislation on cross-border division on EU level should provide for a provision similar to section 8 paragraph 1 Tenth directive.
20. In the case of an – from a Dutch perspective – outbound cross-border division whereby the dividing company does not cease to exist, the Dutch legislator should provide that the external expert – auditor – should, when certifying that the value of the part of the property to be retained by the dividing company, increased with the value of the shares in the capital of the acquiring company or companies to be acquired by the dividing company upon the cross-border division becoming effective, at least equals the paid and called up part of the capital and the reserves which the dividing company must maintain immediately after its division under the law or its articles of association, and increased with the total compensation which shareholders are entitled to demand pursuant to section 2:334ee1 Dutch Civil Code, also take into account the amount of compensation to be paid to the minority shareholders of the dividing company that opposed the cross-border division.
21. Within the framework of creating rules on cross-border division, the Dutch legislator should limit the scope of section 2:334aa paragraph 2 Dutch Civil Code and section 2:334bb Dutch Civil Code to Dutch companies involved in a cross-border division.
22. Documents for the cross-border division, such as the division proposal, should also be made public with the offices of the companies involved in a cross-border division for the works council or for the employees of those companies, by analogy with section 7 Tenth directive.
23. Legislation on cross-border division on national – Dutch – level should provide that the cross-border division should be announced in the Dutch State Gazette, by analogy with section 2:333e Dutch Civil Code.
24. Legislation on cross-border division on national – Dutch – level should explicitly provide that creditors of the dividing company, as well as creditors of each acquiring company, can oppose the cross-border division based on Dutch creditor protection rules.
25. Legislation on cross-border division on EU level should provide for harmonisation on the subject of creditor protection. A harmonised creditor protection system should be a combination of a system of creditor protection before the cross-border division becomes effective and a system of creditor protection

- after the cross-border division has become effective. In that framework, also the provisions on creditor protection in case of a national merger, national division and cross-border merger should be harmonised.
26. Legislation on cross-border division on EU level should be in accordance with section 4 paragraph 2 Tenth directive on the subject of the protection of minority shareholders that opposed the cross-border division. In the framework of the transposition of legislation on cross-border division on EU level in Dutch legislation, the Dutch legislator should provide for a redemption right for holders of ordinary shares that opposed the cross-border division. A separate provision has to be made to prevent unwanted accumulation with section 2:334ee1 Dutch Civil Code. An exception has to be made to the principle that the redemption right is applicable to all shares held by one shareholder, if and when that shareholder also holds shares without voting rights and/or shares without profit rights. The redemption right should not be applicable in the case of (i) a cross-border division whereby the acquiring company will be incorporated within the framework of the cross-border division and such acquiring company allots shares to the dividing company – instead of to the shareholders of the dividing company – and (ii) a triangular cross-border division of a company governed by Dutch law, whereby a group company of the acquiring company is governed by Dutch law and such a group company allots shares to the shareholder(s) of the dividing company – instead of the acquiring company itself. In both cases, the shareholders of the dividing company will not become shareholders of a company governed by the laws of another Member State of the EU.
 27. To avoid obstacles by the implementation of cross-border divisions, the protection of employee participation rights within the meaning of Directive 2001/86/EC as currently laid down in section 16 Tenth directive should not be applicable.
 28. If and when the protection of employee participation rights is necessary within the framework of cross-border division, provisions on cross-border division on EU level should be in accordance with section 16 Tenth directive concerning cases in which negotiations with a Special Negotiating Body (“SNB”) about employee participation rights in the acquiring company should be commenced. As a result thereof, employee participation rights are protected in the same way for different kinds of cross-border restructurings.
 29. If and when the protection of employee participation rights is necessary within the framework of cross-border division, it should be determined that for each acquiring company a SNB consisting of employees who will be employed with each acquiring company should be established. If the acquiring company already exists before the cross-border division, it should be determined that the employees of the acquiring company will also be represented in the SNB.
 30. If and when the protection of employee participation rights is necessary within the framework of cross-border division, legislation on cross-border division on

EU level should determine that negotiations have to take place between the SNB and the management boards of the acquiring companies. If the acquiring company is newly incorporated within the framework of the cross-border division, it should be determined that negotiations have to take place between the SNB and the management board of the dividing company on behalf of each acquiring company that will be newly established within the framework of the cross-border division.

31. If and when the protection of employee participation rights is necessary within the framework of cross-border division, legislation on cross-border division on EU level should determine that the SNB may decide not to open negotiations on employee participation, as a consequence of which the employee participation rights will be governed by the law of the Member State that is applicable to the acquiring company.
32. If and when the protection of employee participation rights is necessary within the framework of cross-border division, legislation on cross-border division on EU level should determine that the management board(s) of the acquiring company or acquiring companies – if the acquiring company/companies already exist(s) before the division – or the management board of the dividing company – if the acquiring company or acquiring companies are newly incorporated in the framework of the cross-border division – may decide not to open negotiations with the SNB, as a consequence of which standard rules as laid down in the annex of Directive 2001/86/EC will be applicable to each acquiring company.
33. If and when the protection of employee participation rights is necessary within the framework of cross-border division, legislation on cross-border division on EU level should determine that negotiations on employee participation have to be reopened if a national or cross-border division or merger will take place within a period of three years after the cross-border division has become effective. Such provision is in accordance with section 16 paragraph 7 Tenth directive.
34. Legislation on cross-border division on EU level should determine that each Member State of the EU shall designate the court, notary or other competent authority in the outbound Member State to scrutinise the legality of the cross-border division and to attest to the proper completion of the pre-cross-border division acts and formalities.
35. Legislation on cross-border division on EU level should determine that each Member State shall designate the court, notary or other authority competent to scrutinise the legality of the cross-border division as regards that part of the procedure which concerns the completion of the cross-border division in the inbound Member State, including the incorporation of a new company within the framework of the cross-border division as the acquiring company.
36. Dutch legislation on (cross-border) division should be amended, so that national and cross-border divisions may become effective subject to a condition

- or time limit. The Sixth directive on national divisions should be mandatory on this subject and Directive 2011/35/EU should be amended accordingly.
37. Legislation on cross-border division on EU level should determine that, in principle, a cross-border division will become effective as determined in the law of the Member State applicable to the dividing company, except where a cross-border division will become effective subject to a condition or time limit.
 38. Legislation on cross-border division on EU level should determine that a cross-border division, with respect to the dividing company, may only be registered if and when the cross-border division is registered with respect to the acquiring company or acquiring companies. The methodology of section 13 paragraph 2 Tenth directive can be followed.
 39. Legislation on cross-border division on EU level should contain a definition on EU level regarding the transfer of assets and liabilities by cross-border division.
 40. Legislation on cross-border division on EU level should contain a mandatory legal framework regarding the creation of limited property rights on shares and other special rights allotted by the acquiring company or acquiring companies, if and when such rights were established on the shares in the dividing company.
 41. Legislation on cross-border division on EU level should provide for mandatory harmonisation of the laws of the Member States of the EU regarding the liability of the acquiring company/companies and the dividing company – if the dividing company does not cease to exist – for liabilities of the dividing company, so that this liability is either limited to the net assets acquired by the cross-border division, or unlimited.
 42. Legislation on cross-border division on EU level should exclude the possibility of nullity of a cross-border division and the possibility to declare a cross-border division null and void. This exclusion should not only concern the grounds for nullification of a division as mentioned in section 19 Sixth directive, but should exclude also other grounds for nullification of a cross-border division, such as the nullification on the basis of the *actio pauliana*.
 43. The non-existence of cross-border division – as a separate concept besides the possibility of nullity or the possibility to declare a cross-border division null and void – has to be avoided as far as possible.
 44. If and when the non-existence of cross-border division should be possible, legislation on cross-border division should prescribe that a cross-border division is only non-existent if and when a cross-border division does not meet certain requirements enumerated in an exhaustive list on EU level. These certain requirements should be limited to (i) the fact that only one company can be divided within the framework of a cross-border division, (ii) the transfer under universal title of succession and (iii) the approval of the authorities in the outbound Member State and the inbound Member State. Furthermore, this legislation should prescribe that the non-existence of cross-border division is only possible when the non-existence is established by a court or other competent authority, as is the case in the nullification of national divisions.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR EN JURISPRUDENTIE

Wetgeving

Verdragen

- Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, met Protocol en Gemeenschappelijke verklaringen; Rome, 19 juni 1980, Trb.syst. 28 (1980), nrs. 1-3, Trb. 1980 156, in werking getreden op 1 april 1991.
- Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, Pb C 325 van 24.12.2002, p. 33 – 184.
- Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, Pb C 115 van 9.5.2008, p. 47 – 199.
- Verdrag tussen het Koninkrijk België, de Republiek Bulgarije, de Tsjechische Republiek, het Koninkrijk Denemarken, De Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Estland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, Ierland, de Italiaanse Republiek, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, Het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, Het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Polen, de Portugese Republiek, Roemenië, de Republiek Slovenië, de Slowaakse Republiek, de Republiek Finland, het Koninkrijk Zweden, het Verenigd Koninkrijk, van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (lidstaten van de Europese Unie) en de Republiek Kroatië betreffende de toetreding van de Republiek Kroatië tot de Europese Unie, PbEU L. 112 van 24.4.2012, p. 10 – 20.
- Haags verdrag van 1 juli 1985 inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, Trb. 1985, 141.

Verordeningen (EU)

- Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, Pb L 160 van 30.6.2000, p. 1 – 18.
- Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Pb L 012 van 16.01.2001 p. 1 – 23.
- Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), Pb L 294 van 10.11.2001, p. 1 – 21.

- Verordening van de Raad (EG) Nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE), Pb L 207 van 18.8.2003, p. 1 – 24.
- Verordening (EG) Nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), PbEU L 199, p. 40 – 48.
- Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op overeenkomsten (Rome I), PbEU L 177 van 4.7.2008, p. 6 – 16.

Richtlijnen (EU)

- Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Pb L 65 van 14.3.1968, p. 8 – 12.
- Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Pb L 026 van 31.01.1977, p. 1 – 13.
- Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, Pb L 61 van 5.3.1977, p. 26 – 28.
- Derde Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen, Pb L 295 van 20.10.1978, p. 36 – 43, thans: Richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen, Pb L 110 van 29.4.2011, p. 1 – 11.
- Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen Pb L 378 van 31.12.1982, p. 47 – 54.
- Twaalfde Richtlijn 89/667/EEG van de Raad van 21 december 1989 inzake het vennootschapsrecht betreffende eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, PbEG L 395, 30.12.1989, p. 40 – 42.
- Richtlijn 1990/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE

- of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, Pb L 225 van 20.8.1990, p. 1 – 5.
- Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, Pb L 294 van 10.11.2001, p. 22 – 32.
 - Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap - Gezamenlijke verklaring van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie over de vertegenwoordiging van de werknemers, Pb L 80 van 21.1.2002, p. 29 – 34.
 - Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten, PbEG 2002 L 168, p. 43 – 50.
 - Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG, Pb L 390 van 31.12.2004, p. 38 – 57.
 - Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, Pb L 310 van 25.11.2005, p. 1 – 9.
 - Richtlijn 2007/63/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 tot wijziging van Richtlijn 78/855/EEG van de Raad en Richtlijn 82/891/EEG van de Raad wat betreft de verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies of splitsingen van naamloze vennootschappen, Pb L 300 van 17.11.2007, p. 47 – 48.
 - Richtlijn 2009/101/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken, Pb L 258 van 1.10.2009, p. 11 – 19.
 - Richtlijn 2009/102/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 inzake het vennootschapsrecht betreffende eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. PbEU 1 oktober 2009, L 258, p. 20 – 25.
 - Richtlijn 2009/109/EG van 16 september 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en Richtlijn 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft, PbEU 2005, L 259/14 van 2 oktober 2009, p. 14 – 21.
 - Richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen, PbEU L. 110/1 van 29.4.2011, p. 1 – 11.

Overige wetgeving

- Landsverordening van de 15^{de} december 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (Curaçao).
- Afkondigingsblad van Sint Maarten 2014 No. 11, Landsverordening van de 9^{de} januari 2014 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (Landsverordening herziening Boek 2 BW).
- Landsverordening vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (Aruba).

Rechtspraak

Rechtbanken

- Pres. Rb. Amsterdam 29 april 1988, NJ 1988, 1011.
Rb. Arnhem 1 juni 1999, JOR 1999/173.
Pres. Rb. Almelo 27 april 2001, KG 2001, 128.
Rb. Amsterdam 6 februari 2002, JOR 2002/61.
Rb. Rotterdam 1 november 2006, NIPR 2007, nr. 21.
Rb. Amsterdam (sector kanton) 29 januari 2007, JOR 2007/88 (m.nt. H.J.M.M. van Boxel).
Rb. Zutphen 29 december 2010, RN 2011/30, JOR 2010/302, (m.nt. Nagtegaal).

Gerechtshoven

- Hof Amsterdam (OK) 13 juni 1991, NJ 1991, 669.
Hof Amsterdam (OK) 8 november 1999, (ABN Amro Netherlands Fund N.V.), NJ 2000, 396.
Hof Amsterdam (OK) 18 november 1999, (Troll Group/SEP), JOR 1999/254.
Hof Amsterdam (OK) 20 april 2000, (ABN Amro Mix Umbrella Fund N.V.), NJ 2000, 397.
Hof Arnhem 2 september 2003, NIPR 2004, nr. 314.
Vz. Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2007, (HCES N.V.; Home Credit Grand Holding A.S.; HC Holding A.S.), ARO 2007/115.
Hof Arnhem 25 september 2012 (Favini), RO 2013/2, JOR 2012/343 (m.nt. Nagtegaal).

Hoge Raad

- HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615.
HR 24 oktober 1990, BNB 1991/2, (m.nt. A. Nooteboom).
HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149.
HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585 (Hansa).
HR 20 december 2013, RO 2014/14.
Conclusie van Advocaat-Generaal Timmerman bij HR 20 december 2013 (Favini), RO 2014/14.

Buitenlandse rechtspraak

Landgericht Kiel, BB 1998, 120.

Oberlandesgericht Düsseldorf, 30 März 2009, Aktenzeichen: I-3 Wx 248/08, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 2009, 918.

Hof van Justitie van de EG/EU

HvJ EG 5 februari 1963, Zaak 26-62, Van Gend en Loos, Jurisprudentie 1963, p. 7–28.

HvJ EG 15 juni 1964, Zaak 6/64, Costa /E.N.E.L., Jurisprudentie 1964, p. 01203.

HvJ EG 27 september 1988, Zaak 81/87, The Queen tegen H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc., Jurisprudentie 1988, p. 05483.

HvJ EG 25 juli 1991, The Queen tegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd en anderen. Verzoek om een prejudiciële beslissing: High Court of Justice, Queen's Bench Division - Verenigd Koninkrijk, Zaak C-221/89, Jurisprudentie 1991, p. I-3905.

HvJ EG 28 januari 1992, Zaak C-204/90, Hanns-Martin Bachmann tegen Belgische Staat, Jurisprudentie 1992, p. I-00249.

HvJ EG 30 november 1995, Zaak C-175/94, Gallagher, Jurisprudentie, p. I-4268.

HvJ EG 9 maart 1999, Zaak C-212/97, Centros, Jurisprudentie 1999, p. I-1459.

HvJ EG 29 juni 1999, Zaak C-172/98, Commissie vs. België, Jurisprudentie 1999, p. I-03999.

HvJ EG 13 april 2000, Zaak C-251/98, C. Baars tegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Jurisprudentie 2000, p. I-02787.

HvJ EG 17 mei 2001, Zaak C-159/99, Commissie vs. Italië, Jurisprudentie 2001, p. I-4027.

HvJ EG 25 april 2002, Zaak C-183/00, María Victoria González Sánchez en Medicina Asturiana SA, Jurisprudentie 2002, p. I-3905.

HvJ EG 5 november 2002, Zaak C-208/00, Überseering B.V./Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Jurisprudentie 2002, p. I-9919.

HvJ EG 30 september 2003, Zaak C-167/01, Inspire Art, Jurisprudentie 2003, p. I-10155.

Conclusie van Advocaat-Generaal Tizzano van 7 juli 2005 in zaak C-411/03, SEVIC Systems AG, Jurisprudentie 2005, p. I-10805.

HvJ EG 13 december 2005, Zaak C-411/03, SEVIC Systems, Jurisprudentie 2005, p. I-10805.

HvJ EG 7 september 2006, N/ Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Zaak C-470/04, Jurisprudentie 2006, I-7445.

HvJ EG 12 september 2006, Zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, Jurisprudentie 2006, p. I-7995.

HvJ EG 16 december 2008, Zaak C-210/06, Cartesio, Jurisprudentie 2008, p. I-09641. Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bíróság (Hongarije) op 28 juli 2010 – VALE Építési Kft. (Zaak C-378/10), Pb C 317 van 20.11.2010, p. 13.

Conclusie van Advocaat-Generaal N. Jääskinen van 15 december 2011, Zaak C-378/10, VALE Építési Kft, PB C 317 van 20.11.2010, p. 13.
HvJ EU 12 juli 2012, Zaak C-378/10, Vale Építési kft., verzoek om een prejudiciële beslissing: Legfelsőbb Bíróság – Hongarije, Jurisprudentie 2012, p. 00000.
Beroep ingesteld op 9 december 2011 - Europese Commissie tegen Koninkrijk der Nederlanden (Zaak C-635/11), PB C 58 van 25.2.2012, p. 4 – 5.
HvJ EU 20 juni 2013, Europese Commissie tegen Koninkrijk der Nederlanden, Zaak C-635/11, Jurisprudentie 2013, p. 00000.

Parlementaire documenten

Kamerstukken II, 1980-1981, 16 453, nr. 3 (Memorie van toelichting).
Kamerstukken II, 1981, 16 453, nr. 5 (Voorlopig verslag).
Kamerstukken II, 1981, 16 453, nr. 6 (Memorie van antwoord).
Kamerstukken II, 1981-1982, 16 453, nr. 10 (Eindverslag).
Kamerstukken II, 1981-1982, 16 453, nr. 11 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).
Kamerstukken II, 1983-1984, 18 285, nr. 2 (Ontwerp van wet).
Kamerstukken II, 1985-1986, 18 285, nr. 6 (Memorie van antwoord).
Kamerstukken II, 1985-1986, 18 285, nr. 9 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).
Kamerstukken II, 1995-1996, 24 702, nr. 1 (Koninklijke boodschap).
Kamerstukken II, 1995-1996, 24 702, nr. 2 (Voorstel van wet).
Kamerstukken II, 1995-1996, 24 702, nr. 3 (Memorie van toelichting).
Kamerstukken II, 1996-1997, 24 702, nr. 5 (Verslag).
Kamerstukken II, 1996-1997, 24 702, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag).
Kamerstukken II, 1997-1998, 24 702, nr. 52a (Brief van de minister van Justitie).
Kamerstukken II, 1997-1998, 24 702, nr. 52d (Eindverslag van de Vaste commissie voor Justitie).
Kamerstukken II, 2001-2002, 28 168, nr. 3 (Memorie van toelichting).
Kamerstukken II, I, 2002-2012, 28 746 (Vaststelling van titel 7.13 BW (vennootschap)).
Kamerstukken II, 2003-2004, 29 309, nr. 3 (Memorie van toelichting).
Kamerstukken II, 2004-2005, 30 138, nr. 3 (Memorie van toelichting).
Kamerstukken II, 2006-2007, 30 876, nr. 3 (Memorie van toelichting).
Kamerstukken II, 2006-2007, 30 929, nr. 2 (Voorstel van wet).
Kamerstukken II, 2006-2007, 30 929, nr. 3 (Memorie van toelichting).
Kamerstukken II, 2006-2007, 30 929, nr. 6 (Verslag).
Kamerstukken II, 2006-2007, 30 929, nr. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag).
Kamerstukken I, 2007-2008, 30 929, nr. B (Voorlopig verslag van de Vaste Commissie voor Justitie).
Kamerstukken I, 2007-2008, 30 929, nr. C (Memorie van antwoord).

- Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 929, nr. D (Nader voorlopig verslag van de Vaste Commissie voor Justitie).
- Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 929, nr. E (Nadere Memorie van antwoord).
- Kamerstukken II*, 2007-2008, 31 334, nr. 2 (Voorstel van wet).
- Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 137, nr. 3 (Memorie van Toelichting).
- Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 186, nr. 4 (Advies Raad van State van het Koninkrijk en nader rapport).
- Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 426, nr. 3 (Memorie van toelichting).
- Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 458, nr. 2 (Voorstel van wet).
- Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 458, nr. 3 (Memorie van toelichting).
- Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 6 (Verslag).
- Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 458, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag).
- Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 426, nr. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag).
- Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 17 (Amendement van de leden Van der Steur en Van Toorenborg).
- Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 19 (Amendement van de leden Van der Steur en Van Toorenborg).
- Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 24 (Verslag van een wetgevingsoverleg).
- Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 25 (Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)).
- Kamerstukken II*, 2012-2013, 33 367, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het verslag).

Literatuur

Arlt, Grechenig & Kalss (2004)

M. Arlt, K. Grechenig en S. Kalss, 'Chapter on "Austria"', in: K. Oplustil en C. Teichmann, 'The European Company – A State-by-State Account of the European Company', Berlijn, Duitsland: De Gruyter Recht, 2004.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2009

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, 'Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlandse burgerlijke recht, Asser 6-III*, Algemeen overeenkomstenrecht', Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Maeijer 2-III 2000

J.M.M. Maeijer (m.m.v. F.J.P. van den Ingh), 'Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009

J.M.M. Maeijer, G. van Solinge, M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak), *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlandse burgerlijke recht, 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Beerman & Roozendaal (2010)

J.W. Beerman en S.C. Roozendaal, *Van Amsterdam naar Delaware of van Australië naar Amsterdam? Met de Antillen als tussenstop*, V&O 2010/12, p. 243 – 245.

Behrens (1992)

P. Behrens, in: M. Hachenburg, *GmbH-Gesetz Großkommentar*, Berlijn, Duitsland: 1992.

Beitzke (1966)

G. Beitzke, *Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion*, in: E. von Caemmerer e.a., *Probleme des europäischen Rechts*, Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag, Frankfurt am Main, 1966.

Bellingwout (1996)

J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1996.

Van der Bijl (2013)

P.C.S. van der Bijl, *Vennootschapsrechtelijke wetgeving op het gebied van grensoverschrijdende herstructurerings-; wenselijke ontwikkelingen*, in: W.J.M. van Veen, P.C.S. van der Bijl, J.W. Bellingwout en F.P.G. Pötgens, *Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing. Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht*, Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht 10, Deventer: Kluwer 2013.

Beutel (2008)

D. Beutel, *Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU*, diss. Augsburg, Duitsland, München, Herbert Utz Verlag 2008.

Den Boogert (1992)

M.W. den Boogert, *De Internationale joint venture*, in: H.J.M.M. Honée e.a., *Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, deel 39, Deventer: Kluwer 1992.

Boschma (2013)

H.E. Boschma, *'De rechtsvorm van de onderneming in beweging. Over de (Europese) grenzen van de kapitaalvennootschap en over de personenvennootschap uit de Shadowlands'*, Ondernemingsrecht 2013-10/11, p. 357 – 367.

Boschma & Schutte-Veenstra (2011)

H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, *'(T&C Burgerlijk Wetboek)'*, Deventer: Kluwer 2011.

Boschma & Schutte-Veenstra (2014)

H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, *'(Half)communicerende ondernemingsvormen. Mogelijkheden tot grensoverschrijdende herstructurering van kapitaal- en personenvennootschappen'*, Ondernemingsrecht 2014-1, p. 11 – 20.

Boschma & Snijder-Kuipers (2011)

H.E. Boschma en B. Snijder-Kuipers, *'De bescherming van het (doel)vermogen van de stichting en herstructurering'*, in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *'De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm'*, Deventer: Kluwer 2011, p. 45 – 60.

Van Boxel (2007)

H.J.M.M. van Boxel, *'De rol van de notaris bij de grensoverschrijdende fusie'*, WPNR 2007/6721, p. 700 – 708.

Van Boxel (2011)

H.J.M.M. van Boxel, *'Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht'*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2011.

Van Boxel & Van Eck e.a. (2004)

H.J.M.M. van Boxel, G.C. van Eck, J.H. Bennebroek Gravenhorst, J.K.H. van Dam, S.T. Kortekaas, J.J.C.A. Leemrijse en A.E.M. de Vries, *'De Europese vennootschap (SE), Nederlandse civiel- en fiscaalrechtelijke aspecten'*, 's-Gravenhage, 2004.

Van den Braak (2007)

S.M. van den Braak, *'Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen'*, WPNR 2007/6721, p. 688 – 693.

Van den Broek (2011)

J.J. van den Broek, *'Cross-border mergers within the EU: Proposals to remove the remaining tax obstacles'*, Diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2011.

Buijn (1996)

F.K. Buijn, '*Splitsing van rechtspersonen. Civielrechtelijke aspecten*', in: F.K. Buijn, R. Nieuwdorp en P.H.M. Simonis, '*Splitsing van rechtspersonen*', Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 1996, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 2 – 104.

Buijn (1998)

F.K. Buijn, '*Splitsing van rechtspersonen, civielrechtelijke aspecten*', TFO 1998/1.

Buijn (2001)

F.K. Buijn, '*Verzet bij splitsing*', Ondernemingsrecht 2001/13, p. 386 – 391.

Bulten, Van Eck, De Mol van Otterloo & Willems (2011)

C.D.J. Bulten, G.C. van Eck, H.M. de Mol van Otterloo en J.H.M. Willems, '*De nieuwe geschillenregeling*', Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2011, Deventer: Kluwer 2011.

Van Buuren & Knijff (2001)

P.J.J. van Buuren en C.L. Knijff, '*Overgang van vergunningen*', Preadvies KNB 2001.

Dorresteyn (1998)

A.F.M. Dorresteyn, '*Inleiding*', in: A.F.M. Dorresteyn e.a., '*Juridische splitsing van vennootschappen*', Actualia Ondernemingsrecht nr. 15, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 1 – 27.

Dortmond (1989)

P.J. Dortmond, '*Enige beschouwingen rondom aandelen*', diss. Utrecht, 1989.

Dortmond (1992)

P.J. Dortmond, '*Enige aspecten van grensoverschrijdende juridische fusie*', in: H.J.M.M. Honée e.a., '*Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen*', Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, deel 39, Deventer: Kluwer 1992, p. 19 – 30.

Dortmond (1996)

P.J. Dortmond, '*Splitsing van rechtspersonen*', N.V. 1996, p. 196 – 201.

Dortmond (2010)

P.J. Dortmond, '*Rechten van stemrechtloze aandelen in de invoeringswet flexibilisering BV-recht*', Ondernemingsrecht 2010-13, p. 521 – 525.

Dortmond & Raaijmakers (1989)

P.J. Dortmond en M.J.G.C. Raaijmakers, *De juridische fusie naar wordend recht*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht 1980, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.

Van Eck (2009)

G.C. van Eck, *Vreemde overgangen onder algemene titel*, JBN 2009/9, p. 5 – 8.

Van Eck (2010)

G.C. van Eck, *Wijziging van de verslaggevings- en documentatieverplichtingen bij fusies en splitsingen (Wetsvoorstel 32 458)*, JBN 2010/11, p. 9 – 12.

Van Eck (2011)

G.C. van Eck, *Naar een eigen statutaire geschillenregeling op maat*, in: C.D.J. Bulten, G.C. van Eck, H.M. de Mol van Otterloo en J.H.M. Willems, *De nieuwe geschillenregeling*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2011, Deventer: Kluwer 2011,

Van Eck (2013)

G.C. van Eck, *Fusie van de flex-BV*, TvOB 2013/1, p. 17 – 23.

Van Eck & Groenland (2010)

G.C. van Eck en I.C.P. Groenland, *Cartesio: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende herstructureringen*, JBN 2010/3, p. 9 – 13.

Van Eck & Roelofs (2008)

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, *Enige overwegingen ten aanzien van de toepasselijkheid van de Wet grensoverschrijdende fusies op 'Sevic-fusies'*, TvOB 2008/4, p. 85 – 89.

Van Eck & Roelofs (2009)

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, *SE Mobility: Taking a Short Cut? A Recommendation for Amendment of the SE-Regulation*, ECL 2009/3, p. 105 – 109.

Van Eck & Roelofs (2010-I)

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, *De reikwijdte van de Tiende richtlijn en de Wet grensoverschrijdende fusies en het oprichtingsvereiste*, TvOB 2010/1, p. 1 – 9.

Van Eck & Roelofs (2010-II)

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, *Richtlijn 2009/109/EG tot wijziging van de Tweede, Derde, Zesde en Tiende richtlijn en het Wetsvoorstel 32 038*, Ondernemingsrecht 2010/2, p. 108 – 112.

Van Eck & Roelofs (2010-III)

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'De rol van de accountant bij grensoverschrijdende fusie', V&O april 2010, p. 61 – 67.

Van Eck & Roelofs (2011)

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'Ranking the Rules Applicable to Cross-Border Mergers', ECL 2011/1, p. 17 – 22.

Van Eck & Roelofs (2012-I)

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'De evenredige splitsing in de zin van artikel 2:334hh, lid 2 BW', JBN 2012/1, p. 3 – 6.

Van Eck & Roelofs (2012-II)

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'Wegvallen van de wettelijke controle op de voldoening aan de stortingsplicht bij evenredige splitsing', JBN 2012/18, p. 15 – 17.

Van Eck & Roelofs (2012-III)

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'Nog één keer de evenredige splitsing: toepassing evenredige splitsing met enig aandeelhouder', JBN 2012/5, p. 11 – 13.

Van Eck & Roelofs (2012-IV)

G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'Vale: Increasing Corporate Mobility from Outbound to Inbound Cross-Border Conversion?', ECL 2012/6, p. 319 – 324.

Van Eck & Volders (2004)

G.C. van Eck en F. Volders, 'Als goede vrienden uit elkaar. Varianten op de splitsing ex art. 2:334cc BW', WPNR 2004/6593, p. 788 – 796.

Erauw (2006)

J. Erauw e.a., in: 'Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht Becommentarieerd', Antwerpen: Intersentia 2006.

Van Gerven (2010)

D. van Gerven, 'EC rules on cross-border mergers', in: D. van Gerven e.a., 'Cross-border Mergers in Europe', Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 1 – 28.

Großfeld (1996)

B. Großfeld, 'Internationales Umwandlungsrecht', Die AG 1996, p. 302 – 307.

Hachenburg (1990)

Hachenburg, 'GmbH-Gesetz, Großkommentar', Band 1, Allgemeine Einleitung, 8. Auflage, bearbeitet von P. Behrens, Berlin, New York, 1990.

Hansen (2007)

J.L. Hansen, *Merger, moving and division across national borders – when case law breaks through barriers and overtakes directives*, EBLR 2007, volume 18, p. 181 – 204.

Van der Heijden & Van der Grinten (2013)

E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap* (bewerkt door P.J. Dortmond e.a.), Deventer: Kluwer 2013.

Hijink (2010)

J.B.S. Hijink, *Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen*, Ondernemingsrecht 2010/9, p. 371 – 383.

Huizink (1998)

J.B. Huizink, *Splitsing in faillissement*, in: A.F.M. Dorresteyn (red), *Juridische splitsing van vennootschappen*, Actualia Ondernemingsrecht, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 121 – 130.

Kallmeyer (1996)

H. Kallmeyer, *Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen*, ZIP 1996, p. 535 – 537.

Kallmeyer & Kappes (2006)

H. Kallmeyer, S. Kappes, *Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach SEVIC Systems und der EU-Verschmelzungsrichtlinie*, Die AG, 2006/7, p. 224 – 237.

Kapteyn, VerLoren van Themaat & Barents (2003)

J.P.G. Kapteyn, P. VerLoren van Themaat en R. Barents, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.

Kirpensteijn, Donkers & Anker (2001)

P. Kirpensteijn, L.H. Donkers, M.D.P. Anker, *Juridische splitsing*, Vademecum Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2001.

De Kluiver (2004)

H.-J. De Kluiver, *Een vennootschap in wording*, in: H.-J. De Kluiver S.H.M.A. Dumoulin, P.A.M. Witteveen en J.W. Bellingwout, *De Europese vennootschap (SE)*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2004, Deventer: Kluwer 2004, p. 1 – 86.

Knudsen (2008)

H. Knudsen, *The Transposition in Denmark of the 10th Directive on cross-border Mergers*, SE Europe, The research network on worker participation in the European Company, March 2008, www.worker-participation.eu.

Koppenol-Laforce (2005)

M.E. Koppenol-Laforce, S.M. Bartman, Ph.H.F. König, M.J. van Uchelen-Schipper, C. de Groot, J. Roest en R.W. Tieskens, *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk*, Deventer, 2005.

Koppenol-Laforce (2011)

M.E. Koppenol-Laforce, *Art. 126-144 Boek 10 BW: Goederenrecht en trusts*, in: P. Vlas e.a., *Hoofdlijnen Boek 10 BW (Internationaal privaatrecht)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Koppenol-Laforce & Aalderink (2010)

M.E. Koppenol-Laforce en F.H. Aalderink, *Art. 126-144 Boek 10 BW: goederenrecht en trusts*, WPNR 2010/6849, p. 535 – 544.

Koppensteiner (1971)

H.G. Koppensteiner, *Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht*, Frankfurt am Main 1971.

Koppert-van Beek (2006)

M.S. Koppert-van Beek, *Het Sevic-arrest en de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie*, JutD 2006/14, p. 15 – 17.

Koster (2009)

H. Koster, *De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, diss. Rotterdam, Deventer: Kluwer 2009.

Koster (2011)

H. Koster, *Moeder- (klein)dochterfusies en splitsingen respectievelijk zusterfusies en splitsingen*, Bb 2011/42, p. 150 – 152.

Koster (2013)

H. Koster, *Afwezige en aantastbare juridische fusies en splitsingen*, Ondernemingsrecht 2013-11, p. 53 – 59.

Kuntz (2006)

T. Kuntz, *Internationales Umwandlungsrecht – zugleich eine Besprechung des Urteils “Sevic-Systems”*, Internationales Steuerrecht – Zeitschrift für europäische und internationale Steuer- und Wirtschaftsberatung 2006, p. 224 – 232.

Laagland (2013)

F.G. Laagland, *'De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie'*, diss. Nijmegen 2013, Deventer: Kluwer 2013.

Leemrijse (2003)

J.J.C.A. Leemrijse, *'De driehoekssplitsing binnen moeder-dochterverhoudingen'*, V&O november 2003, nr. 11, p. 182 – 185.

Van Leeuwen (1998)

B.H.A. van Leeuwen, *'Belanghebbenden bij splitsing'*, in: A.F.M. Dorresteijn ea., *'Juridische splitsing van vennootschappen'*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 57 – 78.

Lenaerts & Van Nuffel (2008)

K. Lenaerts, P. van Nuffel, *'Europees recht in hoofdlijnen'*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu, 3^e druk 2008.

Lennerz (2001)

U. Lennerz, *'Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften'*, Keulen, Duitsland: Verlag Dr. Otto Schmidt 2001.

Lenoir (2008)

N. Lenoir, *'The Societas Europaea (SE) in Europe. A promising start and an option with good prospects'*, Utrecht Law Review Volume 4, Issue 1 (March), 2008, p. 13 – 21.

Lutter & Drygala (2009)

M. Lutter, T. Drygala in: Lutter, *'UmwG'*, Keulen, Duitsland: Verlag Dr. Otto Schmidt Köln 2009.

Lutter & Hommelhoff (2008)

M. Lutter en P. Hommelhoff, *'SE-Kommentar, SE-Vo, SEAG, SEBG, Steuerrecht'*, Keulen, Duitsland 2008.

Lutter & Winter (2009)

M. Lutter en M. Winter, *'Umwandlungsgesetz: Kommentar: mit systematischer Darstellung des Umwandlungsgesetz'*, Keulen, Duitsland: Dr. Otto Schmidt Verlag 2009.

Maatman (1996)

R.H. Maatman, *'Verlos ons van het landelijk verspreid dagblad!'*, WPNR 1996/6250, p. 930 – 932.

Melis (2003)

J.C.H. Melis, *De Notariswet*, bewerkt door B.C.M. Waaijer, Deventer: Kluwer 2003.

Meussen (2006)

G.T.K. Meussen, *Het Sevic-arrest: aanzet tot een Europese begeleiding van een grensoverschrijdende fusie*, in: G.T.K. Meussen, E. Aardema en H. van Arendonk, 'Schonis-bundel - Opstellen aangeboden aan Prof.mr. H.M.N. Schonis ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Radboud Universiteit Nijmegen', Deventer: Kluwer 2006, p. 213 – 220.

Van Mourik, Verstappen, Schols, Schols & Waaijer (2006)

M.J.A. van Mourik, L.C.A. Verstappen, B.M.E.M. Schols, F.W.J.M. Schols, B.C.M. Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Nieuwdorp (1996)

R. Nieuwdorp, *De Belgische wetgeving inzake splitsing*, in: F.K. Buijn, R. Nieuwdorp en P.H.M. Simonis. 'Splitsing van rechtspersonen, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht 1996', Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 107 – 157.

Oderkerk (2010)

A.E. Oderkerk, *Art. 1-9 Boek 10 BW: Titel 1 Algemene Bepalingen*, WPNR 2010/6826, p. 25 – 29.

Van Olffen, Buijn & Simonis (2004)

M. van Olffen, F.K. Buijn en P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Portengen & Kelkensberg (2006)

H.J. Portengen en L. Kelkensberg, *Grensoverschrijdende fusie na het SEVIC-arrest*, V&O maart 2006, p. 42 – 46.

Portengen & Steffens (2004)

H.J. Portengen, L.F.A. Steffens, *Grensoverschrijdende fusie van vennootschappen: welk recht?*, Ondernemingsrecht 2004-15, p. 566 – 572.

Prüm (2006)

T. Prüm, *Die grenzüberschreitende Spaltung*, diss. Heidelberg, Duitsland, Konstanz: Hartung Gorre Verlag 2006.

Raaijmakers en Van der Sangen (2003)

M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen, *Rechtspersonen (losbladige editie) Juridische fusie*, Deventer: Kluwer 2003.

Raaijmakers (2006)

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Sevic: grensoverschrijdende fusie binnen de EU', AA 2006, p. 628 – 634.

Raaijmakers & Olthoff (2008)

G.T.M.J. Raaijmakers en T.P.H. Olthoff, 'Creditor protection in cross-border mergers; unfinished business', Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 1 (March), 2008, p. 34 – 39.

Reik (2001)

A. Reik, 'Grenzüberschreitende Restrukturierungen von Unternehmen – Eine bilaterale Untersuchung zwischen Deutschland und Frankreich', Berlijn, Duitsland, 2001.

Roelofs (2008)

E.R. Roelofs, 'Congres 'Companies Crossing Borders within Europe'', Ondernemingsrecht 2008, 44, p. 159 – 162.

Roelofs (2009)

E.R. Roelofs, 'Grensoverschrijdende juridische splitsing op basis van de vrijheid van vestiging', WPNR 2009/6793, p. 272 – 281.

Roelofs (2010-I)

E.R. Roelofs, 'Grensoverschrijdende juridische fusie', Bb 2010/7, p. 47 – 52.

Roelofs (2010-II)

E.R. Roelofs, 'Shelf SEs and Employee Participation', ECL 2010/3, p. 120 – 127.

Roelofs (2010-III)

E.R. Roelofs, 'Cross-border division of SEs', ECL 2010/4, p. 142 – 148.

Roelofs (2010-IV)

E.R. Roelofs, 'Het symposium 'Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio'', Ondernemingsrecht 2010, 138, p. 656 – 660.

Roelofs (2011-I)

E.R. Roelofs, 'Fusie en splitsing en de vennootschap als erfgenaam of legataris', JBN 2011/3, p. 7 – 9.

Roelofs (2011-II)

E.R. Roelofs, 'Het begin van de verzettermijn van schuldeisers bij een grensoverschrijdende fusie', JBN 2011/6, p. 8 – 10.

Roelofs (2011-III)

E.R. Roelofs, '*Nieuwe' regels omtrent ipr-rechtspersonenrecht in Boek 10 BW*', JBN 2011/10, p. 5 – 8.

Roelofs (2011-IV)

E.R. Roelofs, '*Richtlijn 2011/35/EU vervangt Derde richtlijn (Richtlijn 78/855/EEG)*', Ondernemingsrecht 2011/13, p. 481 – 482.

Roelofs (2011-V)

E.R. Roelofs, '*Nieuwe' ipr-regels omtrent overdracht van aandelen en girale effecten in Boek 10 BW*', JBN 2011/12, p. 12 – 15.

Roelofs (2011-VI)

E.R. Roelofs, '*Het symposium 'Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio'*', in: J.B.S. Hijink en M.A. Verbrugh e.a., '*Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio*', Deventer: Kluwer 2011, p. 59 – 70.

Roelofs (2012-I)

E.R. Roelofs, '*Eindelijk op weg naar een EU-Richtlijn betreffende zetelverplaatsing?*', Ondernemingsrecht 2012/4, p. 170 – 173.

Roelofs (2012-II)

E.R. Roelofs, '*Wijzigingen in de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen ten gevolge van de flexibilisering van het BV-recht*', JBN 2012/6, p. 12 – 14.

Roelofs (2012-III)

E.R. Roelofs, '*De omzetting van een 'Flex BV'*', JBN 2012/10, p. 12 – 16.

Roelofs (2012-IV)

E.R. Roelofs, '*De gevolgen van de 'Flex-BV' voor de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*', Bb 2012/21, p. 163 – 165.

Roelofs (2012-V)

E.R. Roelofs, '*Het Vale-arrest: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting*', WPNR 2012/6950, p. 792 – 798.

Roelofs (2012-VI)

E.R. Roelofs, '*Wijzigingen in de fusie- en splitsingswetgeving ten gevolge van de Flex-BV*', JBN 2012/11, p. 12 – 16.

Roelofs (2013-I)

E.R. Roelofs, 'De gevolgen van de Flex-BV voor de schadeloosstelling bij grensoverschrijdende fusie', JBN 2013/1, p. 3 – 6.

Roelofs (2013-II)

E.R. Roelofs, 'Grensoverschrijdende omzetting op basis van het Vale-arrest', JBN 2013/7/8, p. 13 – 16.

Roelofs (2014-I)

E.R. Roelofs, 'Noot bij Hof van Justitie van de Europese Unie (Achtste Kamer) 20 juni 2013, nr. C-635/11', Ondernemingsrecht 2014/1, p. 39 – 42.

Roelofs (2014-II)

E.R. Roelofs, 'Overgang van pandrecht en vruchtgebruik op aandelen bij grensoverschrijdende fusie, grensoverschrijdende splitsing en grensoverschrijdende omzetting', WPNR 2014/7013, p. 334 – 337.

Roelofs & Van Eck (2011)

E.R. Roelofs en G.C. van Eck, 'Toepassing van de evenredige splitsing in de praktijk', TvOB 2011/6, p. 127 – 133.

Roelofs & Van Eck (2013-I)

E.R. Roelofs en G.C. van Eck, 'Een voorstel voor een regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen (I)', WPNR 2013/6971, p. 296 – 301.

Roelofs & Van Eck (2013-II)

E.R. Roelofs en G.C. van Eck, 'Een voorstel voor een regeling omtrent grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen (II)', 2013/6972, 313 – 319.

Roelofs & Van Eck (2013-III)

E.R. Roelofs en G.C. van Eck, 'De bescherming van belangen van 'stakeholders' in het pre-wetsvoorstel betreffende grensoverschrijdende omzetting', TvOB 2013/3, p. 102 – 108.

Roest (2007)

J. Roest, 'Grensoverschrijdende fusie en vennootschappelijke medezeggenschap', WPNR 2007/6721, p. 708 – 714.

Sanders & Westbroek (2005)

P. Sanders, W. Westbroek, 'BV en NV', bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm, Serie Recht en Praktijk no. 23, Deventer: Kluwer 2005.

Van der Sangen (2006)

G.J.H. van der Sangen, 'Grenzeloze mobiliteit van ondernemingen na het *Sevic-arrest*', TvOB 2006/5, p. 178 – 186.

Schaumburg (1996)

H. Schaumburg, 'Inländische Umwandlungen mit Auslandsbezug', GmbHR 1996, p. 501 – 514.

Schmieman (2012)

E. Schmieman, 'Contouren voor een wet inzake de grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen', in: M.L. Lennarts, J. Roest, S.F.G. Rammeloo, E. Schmieman, R.P. Raas en N.B. Spoor, 'Europa! Europa?', Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2012, Deventer: Kluwer 2012, p. 89 – 124.

Schoonbrood & Van Olfen (2011-I)

J.D.M. Schoonbrood en M. van Olfen, 'Juridische fusies en splitsingen "zonder effecten"', WPNR 2011/6873, p. 104 – 111.

Schoonbrood & Van Olfen (2011-II)

J.D.M. Schoonbrood en M. van Olfen, 'Naschrift bij reactie', WPNR 2011/6903, p. 878.

Schoonbrood & Van der Hoek (2011)

J.D.M. Schoonbrood en J.R. van der Hoek, 'Kan een juridische splitsing worden vernietigd op grond van de *actio Pauliana?*', WPNR 2011/6904, p. 883 – 885.

Schutte-Veenstra (1996)

J.N. Schutte-Veenstra, 'Splitsing, een impressie van de vergadering van de Vereniging *Handelsrecht*', N.V. 1996, p. 289 – 293.

Schutte-Veenstra (2006-I)

J.N. Schutte-Veenstra, 'Annotatie bij het *Sevic-arrest*', Ondernemingsrecht 2006/3, p. 115 – 119.

Schutte-Veenstra (2006-II)

J.N. Schutte-Veenstra, 'Inschrijving van grensoverschrijdende fusies in het handelsregister', Ondernemingsrecht 2006/12, p. 439 – 441.

Schutte-Veenstra (2008-I)

J.N. Schutte-Veenstra, 'Richtlijn 2007/63/EG wijzigt fusie- en splitsingsregeling', Ondernemingsrecht 2008/1, p. 31.

Schutte-Veenstra (2008-II)

J.N. Schutte-Veenstra, 'Afstel EG-richtlijn betreffende grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing', *Ondernemingsrecht* 2008/3, p. 120 – 123.

Schutte-Veenstra (2009)

J.N. Schutte-Veenstra, 'HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, RO 1009/15, Zetelverplaatsing; herbevestiging Daily Mail met nuancering', *Ondernemingsrecht* 2009/2, p. 105 – 111.

Schutte-Veenstra (2010-I)

J.N. Schutte-Veenstra, 'Codificatie eerste en twaalfde EEG-richtlijn', *Ondernemingsrecht* 2010/1, p. 70 – 71.

Schutte-Veenstra (2010-II)

J.N. Schutte-Veenstra, 'Grensoverschrijdende fusie: rechtsvormen, voorwaarden en toepasselijk recht', *Ondernemingsrecht* 2010/10/11, p. 413 – 424.

Simon & Rubner (2006)

S. Simon, D. Rubner, 'Die Umsetzung der Richtlinie über Grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht', Institute for Law and Finance, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt, Working Paper Series No. 53, 11/2006, <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de>

Snijder-Kuipers (2010)

B. Snijder-Kuipers, 'Omzetting als rechtsvormwijziging', diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2010.

Snijders (2008)

W. Snijders, 'Parlementaire geschiedenis: zin en onzin', *WPNR* 2008/6774, p. 843 – 849.

Van Solinge (1994)

G. van Solinge, 'Grensoverschrijdende juridische fusie', diss. Amsterdam (VU), Deventer: Kluwer 1994.

Van Solinge (2000)

G. van Solinge, 'Ruziesplitsing', in: A.F.J.A. Leijten, L. Timmerman, J.H.M. Willems, R.A.A. Duk, G. van Solinge, P.J. Dortmond, O.L.O. de Wit Wijnen, 'Conflict rondom de rechtspersoon', Deventer: Kluwer 2000, p. 65 – 92.

Van Solinge (2003)

G. van Solinge, 'Naar een soepeler fusierecht', in: L.J. Hijmans van den Berg, G. van Solinge, T. de Waard, J. Winter, L. Timmerman, H.J. de Kluiver, P.J.

Dortmond, J.N. Schutte-Veenstra, E.D.G. Kiersch en J. Rickford, 'Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief', Deventer: Kluwer 2003, p. 17 – 38.

Van Solinge & Van Boxel (2008)

G. van Solinge en H.J.M.M. van Boxel, '*Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij een grensoverschrijdende fusie*', WPNR 2008/6776 p. 885 – 896.

Sonnenberger (2007)

H.J. Sonnenberger, '*Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrecht*', Tübingen, Duitsland: Mohr Siebeck, 2007.

Storm (2006)

P.M. Storm, '*Cross-border Mergers, the Rule of Reason and Employee Participation*', ECL 2006/3, p. 130 – 138.

Storm (2009)

P. Storm, '*Cartesio: stapjes in de processie van Echternach*', Ondernemingsrecht 2009/7, p. 328 – 337.

Storm (2010)

P.M. Storm, '*Scope and Limitations of the Cross-border Merger Directive*', in: D. van Gerven e.a., '*Cross-Border Mergers in Europe*', Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 54 – 78.

Storme (2012)

M.E. Storme, '*Handboek vermogensrecht: goederen- en insolventierecht. Deel II. Verrijking en verlies van goederen*', Gent-Mariakerke, België, 2012 (www.storme.be).

Van de Streek (2008)

J.L. van de Streek, '*Omzetting van rechtspersonen*', diss. Amsterdam (UvA), Deventer: Kluwer 2008.

Strikwerda (2004)

L. Strikwerda, '*De overeenkomst in het IPR*', Praktijkreeks IPR nr. 11, Deventer: Kluwer 2004.

Strikwerda (2008)

L. Strikwerda, '*Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*', Deventer: Kluwer 2008.

Teichmann (2011)

C. Teichmann, '*Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit*', Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2011, p. 640 – 689.

Temmink (1995)

H.A.G. Temmink, '*Minimumharmonisatie in EG-Richtlijnen*', SEW 1995, p. 79 – 106.

Timmerman (2003)

L. Timmerman, '*Bescherming van minderheidsaandeelhouders tegen een meerderheidsaandeelhouder in een rechtsvergelijkend perspectief*', in: L.J. Hijmans van den Berg, G. van Solinge, T. de Waard, J. Winter, L. Timmerman, H.J. de Kluiver, P.J. Dortmond, J.N. Schutte-Veenstra, E.D.G. Kiersch en J. Rickford, '*Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*', Deventer: Kluwer 2003, p. 79 – 92.

Timmermans (1980)

C.W.A. Timmermans, '*Enkele Europeesrechtelijke kanttekeningen*', in: J.H. Diephuis en C.W.A. Timmermans, '*Erkenning van vreemde vennootschappen en rechtspersonen*', Preadviezen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, No. 81, april 1980, Deventer: Kluwer 1980, p. 37 – 82.

Timmermans (2003)

R.A.F. Timmermans, '*Opheffing van een aandelensoort bij "tracking stock"*', Ondernemingsrecht 2003, p. 248 – 254.

Van Veen (2004)

W.J.M. van Veen e.a., '*De Europese naamloze vennootschap (SE), een nieuwe rechtsvorm in het Nederlandse recht*', Deventer: Kluwer 2004.

Van Veen (2006)

W.J.M. van Veen, '*Hof van Justitie EG over vestigingsvrijheid en grensoverschrijdende fusie; de fusierichtlijn vóór invoering achterhaald?*', WPNR 2006/6657, p. 181 – 184.

Van Veen (2010-I)

W.J.M. van Veen, '*Grensoverschrijdende omzetting volgens het Cartesio-arrest (I)*', WPNR 2010/6840, p. 329 – 332.

Van Veen (2010-II)

W.J.M. van Veen, '*Grensoverschrijdende omzetting volgens het Cartesio-arrest (II, slot)*', WPNR 2010/6841, p. 352 – 355.

Van Veen (2012-I)

W.J.M. van Veen, ‘*Opgericht*’ naar het recht van een lidstaat. Over de vestigingsvrijheid voor vennootschappen die zijn opgericht buiten de EER, onder meer in relatie tot art. 2:333c BW’, in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce en M. Zilinsky, ‘IPR in de spiegel van Paul Vlas. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. dr. P. Vlas ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum als Hoogleraar Internationaal Privaatrecht en Rechtsvergelijking aan de Vrije Universiteit Amsterdam’, Deventer: Kluwer 2012, p. 229 – 238.

Van Veen (2012-II)

W.J.M. van Veen, J.W. Bellingwout, M.A. de Blécourt-Wouterse, M.P. Bongard en G.J. van Rijthoven, ‘*De Europese naamloze vennootschap (SE)*’, Deventer: Kluwer 2012.

Van Veen (2013-I)

W.J.M. van Veen, ‘*Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing na het VALE-arrest*’, WPNR 2013/6981, p. 512 – 525.

Van Veen (2013-II)

W.J.M. van Veen, ‘*Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing: theorie en praktijk*’, in: W.J.M. van Veen, P.C.S. van der Bijl, J.W. Bellingwout en F.P.G. Pötgens, ‘*Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing. Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht*’, Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht 10, Deventer: Kluwer 2013.

Van Veen (2013-III)

W.J.M. van Veen, ‘*Elektronisch deponeren fusie- en splitsingsdocumentatie*’, JBN 2013/11, p. 13.

Van Veen & Bellingwout (2008)

W.J.M. van Veen en J.W. Bellingwout, ‘*De Arubaanse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA)*’, Deventer: Kluwer 2008.

Verbrugh (2007)

M.A. Verbrugh, ‘*Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers*’, diss. Rotterdam, Deventer: Kluwer 2007.

Verbrugh (2011)

M.A. Verbrugh, ‘*Wijziging van Boek 2 ter uitvoering van Richtlijn 2009/109/EG inzake (grensoverschrijdende) juridische fusies en splitsingen*’, Ondernemingsrecht 2011/6, p. 217 – 222.

Verhagen & De Heer (1999)

H.L.E. Verhagen en J.F. de Heer, '*Juridische fusie en internationaal privaatrecht. Internationaal-privaatrechtelijke aspecten van de verkrijging onder algemene titel bij juridische fusie*', in: H. Pasman, G.M.F. Snijders en W.J.M. van Andel, 'Overnemen, een hele onderneming', Deventer: Kluwer 2^e druk 1999, p. 297 – 318.

Verslag Vergadering Vereniging Handelsrecht (1996)

'*Verslag van de Vergaderingen van de Vereniging Handelsrecht van 27 september 1996 over Splitsing van rechtspersonen naar aanleiding van de preadviezen van Mr F.K. Buijn, Mr R. Nieuwdorp Mr drs. P.H.M. Simonis & 19 oktober 1996 over Het wetsontwerp Economische Mededinging naar aanleiding van de preadviezen van Mr M.B.W. Biesheuvel, Prof. mr M.R. Mok, Prof. mr H.G. Sevenster*', Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Verstappen (1996)

L.C.A. Verstappen, '*Rechtsopvolging onder algemene titel*', diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1996.

Verstappen (2002)

L.C.A. Verstappen, '*Overdracht onder algemene titel*', in: M.J.G.C. Raaijmakers, L.C.A. Verstappen, 'Onderneming en overdracht onder algemene titel', Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2002, Deventer: Kluwer 2002, p. 43 – 171.

Verstappen (2012)

L.C.A. Verstappen, '*Mislukte fusie*', Rechtsvragenrubriek WPNR, WPNR 2012/6955, p. 938 – 941.

Vlas (1982)

P. Vlas, '*Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht*', diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1982.

Vlas (1988)

P. Vlas, '*De bescherming van schuldeisers bij een internationale fusie in het licht van de Tiende richtlijn*', in: J.H. Christiaanse, R. van Delden e.a., '*Tot vermaak van Slagter*', feestbundel aangeboden aan Prof. mr W.J. Slagter ter gelegenheid van zijn 65^e verjaardag, Deventer: Kluwer 1988, p. 351 – 364.

Vlas (1993)

P. Vlas, '*Rechtspersonen*', Praktijkreeks IPR, deel 9, Deventer: Kluwer 1993.

Vlas (2002-I)

P. Vlas, '*Rechtspersonen*', Praktijkreeks IPR, deel 9, Deventer: Kluwer 2002.

Vlas (2002-II)

P. Vlas, 'IPR Vennootschapsrecht', WPNR 2002/6504, p. 678.

Vlas (2009-I)

P. Vlas, 'Is een grensoverschrijdende juridische fusie altijd een grensoverschrijdende juridische fusie?', WPNR 2009/6797, p. 377 – 378.

Vlas (2009-II)

P. Vlas, 'Rode draad: Boek 10 BW (IPR)', WPNR 2009/6819, p. 893 – 898.

Vlas (2009-III)

P. Vlas, 'Rechtspersonen', Praktijkreeks IPR, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2009.

Vlas (2013)

P. Vlas, T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Groene Serie Burgerlijke rechtsvordering, losbladig commentaar', Deventer: Kluwer 2013.

Vlek (2010)

J.F. Vlek, 'Art. 10-14 Boek 10 BW: Rechtskeuze, handelingsbekwaamheid, formele geldigheid van rechtshandelingen, bewijs en verjaring', WPNR 2010/6828, p. 69 – 73.

Ten Voorde (2006)

H. ten Voorde, 'Deponering, publicatie en verzet. Een onderzoek naar de procedures rond vereffening, omzetting, kapitaalvermindering, fusie, splitsing en beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid uit een 403-verklaring', diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2006.

Vossestein (2008)

G.-J. Vossestein, 'Transfer of the registered office. The European Commission's decision not to submit a proposal for a Directive', Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 1 (March), 2008, p. 53 – 65.

Vossestein (2010)

G.-J. Vossestein, 'Modernization of European Company Law and Corporate Governance. Some Considerations on its Legal Limits', diss. Leiden, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010.

Weber (2003)

D.M. Weber, 'Dividendbelasting en het gemeenschapsrecht', WFR 2003/101.

Van Wechem (2008)

T.H.M. van Wechem, 'Rome I: Verscholen ingewikkeldheden', in: T.H.M. van Wechem en J.A. Pontier, 'Europese conflictregels voor de overeenkomst en de

onrechtmatige daad: Rome I en II. Zicht op zekerheid nog ver weg, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht no. 136, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2008, p. 1 – 60.

Van der Weide (2006)

J.A. van der Weide, *Mobiliteit van goederen in het IPR. Tussen situsregel en partijautonomie*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2006.

Wessels (1997)

B. Wessels, *'Splitsing van het onsplitsbare?'*, Stichting en Vereniging 1997, p. 175 – 185.

Widmann & Mayer (2012)

Widmann, D. Mayer, *'Umwandlungsrecht, Kommentar'*, Bonn/Berlijn, Duitsland: Beck Verlag 2012.

Wissink (2001)

M.H. Wissink, *'Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht'*, diss. Leiden, Serie Recht en Praktijk, Deventer: Kluwer 2001.

Wolf (2013)

R.A. Wolf, *'De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV'*, diss. Maastricht, Deventer: Kluwer 2013.

De Wulf (2006)

H. de Wulf, *'Grensoverschrijdende fusies na Sevic en de Tiende richtlijn'*, WP 2006-8, Financial Law Institute, Gent, België, Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht (België), 2006, nr. 1, p. 80 –96. Bron: <http://hdl.handle.net/1854/LU-342477>.

Zaman (1998)

D.F.M.M. Zaman (red.), *'Splitsing'*, Deventer: Kluwer 1998.

Zaman (2001-I)

D.F.M.M. Zaman *'Juridische splitsing in de praktijk (I)'*, WPNR 2001/6447, p. 517 – 521.

Zaman (2001-II)

D.F.M.M. Zaman *'Juridische splitsing in de praktijk (II)'*, WPNR 2001/6448, p. 533 – 538.

Zaman (2004)

D.F.M.M. Zaman, *Juridische fusie & splitsing. Civielrechtelijke Aspecten voor de Fusie, Overname en (Her)structureringspraktijk*, Doetinchem: Reed Business Information BV 2004.

Zaman (2007)

D.F.M.M. Zaman, *Grensoverschrijdende fusie: enige juridische aspecten*, TFO 2007, p. 119 – 124.

Zaman (2008)

D.F.M.M. Zaman, *Flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht*, in: D.F.M.M. Zaman, F.J. Oranje, Chr. M. Stokkermans, B. Bier en G.M. Portier, *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk*, Preadvies KNB, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2008, p. 13 – 20.

Zaman (2009)

D.F.M.M. Zaman, *Meer rechtszekerheid zonder risico van nietige en non-existente juridische fusies en splitsingen*, WPNR 2009/6812, p. 743 – 744.

Zaman, Van Eck & Roelofs (2009)

D.F.M.M. Zaman, G.C. van Eck en E.R. Roelofs, *Nationale en grensoverschrijdende juridische fusie en juridische splitsing van kapitaalvennootschappen. Een praktische civielrechtelijke analyse*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2009.

Zaman, Van Eck & Roelofs (2011)

D.F.M.M. Zaman, G.C. van Eck en E.R. Roelofs, *Reactie op artikel 'Juridische fusies en splitsingen "zonder effecten", van mr. J.D.M. Schoonbrood en prof. mr. M. van Olffen in WPNR (2011) 6873*, WPNR 2011/6903, p. 872 – 877.

Zaman & Koppert-van Beek (2009)

D.F.M.M. Zaman en M.S. Koppert-van Beek, *Formation*, in: D.F.M.M. Zaman, C.A. Schwarz, M.L. Lennarts, H.-J. de Kluiver, A.F.M. Dorresteijn, *The European Private Company (SPE). A Critical Analysis of the EU Draft Statute*, Antwerpen, Oxford, Portland: Intersentia 2009, p. 45 – 56.

Zaman & Roelofs (2009)

D.F.M.M. Zaman en E.R. Roelofs, *Restructuring, Dissolution and Nullity*, in: D.F.M.M. Zaman, C.A. Schwarz, M.L. Lennarts, H.-J. de Kluiver, A.F.M. Dorresteijn, *The European Private Company (SPE). A Critical Analysis of the EU Draft Statute*, Antwerpen, Oxford, Portland: Intersentia 2009, p. 197 – 214.

Zaman, Schwarz, Lennarts, De Kluiver & Dorresteyn (2009)

D.F.M.M. Zaman, C.A. Schwarz, M.L. Lennarts, H.-J. de Kluiver, A.F.M. Dorresteyn, *'The European Private Company (SPE). A Critical Analysis of the EU Draft Statute'*, Antwerpen, Oxford, Portland: Intersentia 2009.

Zandbergen (2008)

I. Zandbergen, *'Leave it, or take it: het uittreedrecht voor aandeelhouders bij een grensoverschrijdende fusie'*, *Ondernemingsrecht* 2008/7, p. 252 – 258.

Van der Zanden (1997)

P.M. van der Zanden, *'Enige accountancy-problemen bij de wet inzake splitsing van rechtspersonen'*, *TVVS* 1997, nr. 97/9, p. 263 – 268.

Zilinsky (2007)

M. Zilinsky, *'Grensoverschrijdende juridische fusie van rechtspersonen, enkele problemen van IPR'*, *WPNR* 2007/6721, p. 681 – 687.

Zilinsky (2010)

M. Zilinsky, *'Art. 125, 153-159 Boek 10 BW: Vertegenwoordiging, verbintenissen uit overeenkomst en verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst'*, *WPNR* 2010/6851, p. 577 – 581.

Overige documenten

- Verdrag betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen met Protocol; Brussel, 29 februari 1968, *Trb.* 1968, 113.
- Voorstel voor een Derde richtlijn ter coördinatie van de waarborgen die Lidstaten van vennootschappen verlangen als gedefinieerd in artikel 58 lid 2 van het Verdrag ter bescherming van de belangen van aandeelhouders en andere partijen bij de fusie van kapitaalvennootschappen, ingediend door de Commissie aan de Raad op 16 juni 1970, *Bulletin EG Supplement* 5/70, p. 16, 17.
- Rapport van de Commissie Vennootschapsrecht inzake het voorstel voor een derde richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake fusies van naamloze vennootschappen is geen aandacht besteed aan grensoverschrijdende fusie, 's-Gravenhage 1971, Staatsuitgeverij.
- Advies inzake een ontwerp voor een Derde richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake juridische fusies van naamloze vennootschappen, welke plaatsvinden binnen de grenzen der afzonderlijke lidstaten, uitgebracht aan de minister van Justitie, *Uitgave van de Sociaal-Economische Raad* 1972, no. 6, 19 mei 1972.
- Ontwerp voor een Zesde richtlijn betreffende splitsing van vennootschappen, 20 september 1978, *R/2294/78* (ES 107).

- Verslag van de Commissie juridische zaken van het Parlement over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen d.d. 25 april 2005, A6-0089/2005, p. 38.
- Screening report Croatia – Chapter 6 – Company Law, p. 11. Bron: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/croatia/screening_reports/screening_report_06_hr_internet_en.pdf
- Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad te Brussel, 8/9 maart 2007, Brussel, (03.05)(OR.en).
- Bijlage bij *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 929 nr. 3 (Memorie van Toelichting), Advies van de Adviescommissie vennootschapsrecht over grensoverschrijdende fusie, p. 5, 6.
- SPEECH/07/441 of 28 June 2007 (Company law and corporate governance today. 5th European Corporate Governance and Company Law Conference, Berlin).
- Advies inzake wetsvoorstel 30.929, wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn 2005/56/EG van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.
- Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company, Brussels, COM (2008)396/ Commission of the European Communities, Brussels, 25.6.2008 COM(2008) 396 final.
- Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company (presented by the Commission) {SEC(2008) 2098} {SEC(2008) 2099} en Commissie van de Europese Gemeenschappen, Brussel, 25.6.2008 SEC(2008) 2099, werkdocument van de Diensten van de Commissie, Begeleidend document bij het Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap (SPE), Samenvatting van de effectbeoordeling, (COM(2008) 396 definitief) (SEC(2008) 2098), 2008/0130 (CNS).
- Voorstel van de Commissie van de Europese Gemeenschappen voor een Richtlijn van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, Brussel 29.07.2008, COM (2008) 492 (definitief).
- Grensoverschrijdende overplaatsingen van zetels van vennootschappen, Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2009 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende grensoverschrijdende overplaatsingen van zetels van vennootschappen (2008/2196(INI)), Pb C 87 E 1 april 2010, p. 5.
- Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company', uitgevoerd door Ernst & Young, Société d'Avocats. Bron: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf.

- Stellungnahme der Deutscher Notarverein zum Referentenentwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes Umsetzung der Richtlinie 2009/109/EG vom 16. September 2009, vom 29. April 2010 (www.bundesgerichtshof.de).
- D.F.M.M. Zaman, G.C. van Eck en E.R. Roelofs, '*Consultation on the Statute for the SE*', Bijdrage van Loyens & Loeff N.V. bij de SE-Consultatie, te raadplegen via: <https://circabc.europa.eu/d/d/workspace/SpacesStore/1fef1758-094b-4685-a2a0-57737fa61d29/57.Loyens%20%26%20Loeff-EN.pdf>.
- Advies inzake wetsvoorstel 32458, wijziging van Boek 2 BW ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG betreffende verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie van 6 oktober 2010.
- Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001, SEC(2010) 1391, Brussel 17.11.2010, COM(2010) 676 (def.).
- Synthesis of the Comments on the Consultation Document of the Internal Market and Services Directorate-General on the Results of the Study on the Operation and the Impacts of the Statute for a European Company (SE), p. 5, 13. Bron: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/summary_report_en.pdf
- Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussels, 5 april 2011. Bron: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf
- Draft report with recommendations to the Commission on a 14th Company law directive on the cross-border transfer of company seats, Committee on Legal Affairs, 27.9.2011, 2011/2046(INI).
- Verslag met aanbevelingen aan de Commissie betreffende een 14^e richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels, 9.1.2012 (2011/2046(INI))
- European Parliament resolution of 2 February 2012 with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI))
- Feedback Statement, Summary of the responses to the public consultation on the future of European company law, July 2012.
- Brief van de Commissie Vennootschapsrecht aan de Minister van Veiligheid en Justitie, 12 februari 2012, gepubliceerd op 7 september 2012 op www.rijksoverheid.nl met concept van een voorstel van wet en een concept van de memorie van toelichting daarbij.
- Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern

- rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzamere ondernemingen, Straatsburg 12.12.2012, COM (2012) 740 final.
- Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzamere ondernemingen, Straatsburg 12.12.2012, COM (2012) 740 final.
 - Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Services', Bech-Bruun Lexidale, September 2013.
 - Engelse vertaling van Deense wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing:
http://www.dcca.dk/graphics/_ny%20eogs/English%20version/Legislation/The%20Danish%20Companies%20Act%20-%2006122010.pdf
 - Engelse vertaling van Finse wetgeving betreffende grensoverschrijdende splitsing:
www.finlex.fi/en
 - Leidraad 13, getiteld 'Juridische fusie en splitsing' van het Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants en de Nederlandse Orde van Accountants-Administratieconsulenten (thans: Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants), p. 13, bevat eveneens geen leidraad voor de inhoud van het onderzoek van de accountant in het kader van een fusie of splitsing.

CURRICULUM VITAE

Erwin Ronald Roelofs werd op 21 april 1983 geboren te Utrecht. Van 1995 tot 2001 volgde hij middelbaar onderwijs aan het Utrechts Stedelijk Gymnasium. Aansluitend studeerde hij Fiscaal recht (2007, met genoegen) en Notarieel recht (2007, cum laude) aan de Universiteit Utrecht. Zijn doctoraalscriptie, getiteld ‘De private express trust en de legitieme portie, civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten’ werd bekroond met de Françoisprijs van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht (thans: Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht). Erwin Roelofs is als kandidaat-notaris werkzaam in de sectie Ondernemingsrecht van Loyens & Loeff N.V..

Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme en prof. mr. C.D.J. Bulten.

1. Mr. W.J.M. Noldus, Ongeldigheid van besluiten in de naamloze vennootschap (1969)
2. Mr. P.A.L.M. van der Velden, De vereniging-rechtspersoon en haar leden (1969)
3. Mr. P.R. Smits, De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen (1969)
4. Mr. J.A.Th.J.M. Duynstee, Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht (1970)
5. Mr. J.H.F.J. Cremers, Prioriteits aandelen (1971)
6. Mr. M.M. Mendel, Het statutaire doel van de naamloze vennootschap (1971)
7. Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. W. Westbroek, prof. mr. J.M.M. Maeijer en prof. mr. P. Sanders, Het nieuwe vennootschapsrecht (1972)
8. Mr. A.M. Brenninkmeijer, Stemovereenkomsten van aandeelhouders (1973)
9. Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. S.J.H. Huijben en mr. A.G. Lubbers, De nieuwe structuur van de grote NV en BV (1973)
10. Prof. mr. C.E. Uniken Venema, Misbruik van voorwetenschap (1974)
11. Mr. A. Plate, Niet volgestorte aandelen (1974)
12. Mr. P.W.H.M. Francissen en mr. J.M. Jansen, Statuten van de grote NV en BV (1975)
13. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. dr. W. Albeda, prof. mr. W.C.L. van der Grinten en prof. drs. H.W. Lambers, Problemen bij fusie van NV en BV (1975)
14. Mr. M.J.G.C. Raaijmakers, Joint ventures (1976)
15. Mr. P.W.H.M. Francissen en mr. P.F.M. van Lierop, De ondernemingsraad (1977)
16. Prof. mr. J.M.M. Maeijer en prof. mr. J. Ronse, De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht (1978)
17. Mr. T.J. van der Ploeg, Het Burgerlijk Recht en de vrijwillige organisaties. Beschouwingen n.a.v. de regeling van de vereniging en de stichting in Boek 2 BW (1978)
18. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. W. Westbroek, prof. mr. W.C.L. van der Grinten en mr. Y. Scholten, Het vennootschapsrecht en de Tweede EEG-Richtlijn (1979)
19. Mr. H.J.M.N. Honée, De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen (1979)
20. Prof. drs. J.W. Schoonderbeek, prof. dr. W. van Bruinessen, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. W.J.M. Gitmans, De jaarrekening en de Vierde EEG-Richtlijn (1981)
21. Mr. H.J.M.N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen (1981)
22. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. H.J.M.N. Honée, mr. A.G. van Solinge, mr. G.M.J. Ackermans, Ondernemingsraad en Vennootschap (1982)
23. Mr. dr. P. Vlas, Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht (1982)
24. Mr. F.K. Buijn, De oprichting van de NV en de BV (1984)
25. Prof. dr. M. Lutter, mr. W. Westbroek, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. G.M.J. Ackermans, De besloten vennootschap (1985)
26. Prof. mr. H.J.M.N. Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (1986)
27. Mr. C.A. Schwarz, Blokkering van aandelen (1986)

28. Mr. J. Lievens, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. drs. H. Langman, mr. J. Bloemarts, mr. G. Noordraven, mw. mr. M.J. Zeldenrust-Visch, Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering (1987)
29. Mr. Th.C.M. Hendriks-Jansen, Vermogensbescherming en persoonlijke aansprakelijkheid bij de besloten vennootschap (1988)
30. Misbruik van voorwetenschap. Uitgave op initiatief van Actioma, Juridisch Faculteitsblad Katholieke Universiteit Nijmegen, ter gelegenheid van zijn 10-jarig bestaan (1989)
31. Mr. P.J. Dortmund, Enige beschouwingen rondom aandelen (1989)
32. Mr. R.P. Voogd, Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen (1989)
33. Mr. M.P. van Achterberg, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern (1989)
34. Dr. K. Geens, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. R.P. Voogd, mr. A.G. van Solinge, mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. J.H.V. Stuyck, mr. J.A.W. Schreurs, Beschermingsconstructies (1990)
35. Mr. F.J.P. van den Ingh, Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap (1991)
36. Mr. G. Noordraven, De regeling van de Überschuldung (1991)
37. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. drs. H. Beckman, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, mr. F.H.A. Arisz, mr. M.E. Engelaar, Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten (1991)
38. Mr. A. Voûte, Aandelen voor werknemers (1991)
39. Mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P.J. Dortmund, mr. H.J. de Bijll Nachenius, dr. H.O.C.R. Ruding, mr. M.W. den Boogert, mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. H.M.N. Schonis, mw. mr. M.E. Engelaar, mr. J.A.W. Schreurs, Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen (1992)
40. Mr. D.R. Doorenbos, Financieel strafrecht (1992)
41. Mr. B.C.M. Waaijer, Statuten en statutenwijziging (1993)
42. Mr. L.G.H.J. Houwen, mr. drs. A.P. Schoonbrood-Wessels, mr. J.A.W. Schreurs, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen (1993)
43. Mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, drs. M.J.M. Buiting, mr. N.E.D. Faber, mr. R.W.Th. Norbruis, mr. J.W. van der Staay, Converteerbare obligaties en aandelen (1993)
44. Mr. Gerard van Solinge, Grensoverschrijdende juridische fusie (1994)
45. Mr. R.J.C. van Helden, mr. O.L.O. de Witt Wijnen, mr. A.G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. H.J.M.N. Honée, mr. E. Boswinkel, mw. mr. J. Roest, Problemen rondom de algemene vergadering (1994)
46. Mr. M.E. Schreurs-Engelaar, Organen van de coöperatie (1995)
47. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. H.M.N. Schonis, prof. dr. A.H.M. Daniels, prof. dr. P.H.J. Essers, Fiscale en civielrechtelijke aspecten van de commanditaire vennootschap (1996)
48. Mr. J. Roest, Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten (1996)
49. Mr. J.J.A. Hamers, Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen (1996)

50. Prof. mr. J.R. Schaafsma, prof. mr. S. Perrick, mr. D.H. Cross, prof. mr. L. Timmerman, mr. F.G.B. Graaf, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. H.M.L. Dings, mw. mr. J. Roest, Ontwikkelingen in het effectenverkeersrecht (1996)
51. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1994, Civielrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met effectenregelgeving, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. S. Perrick (1996)
52. Mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. F.J.P. van den Ingh, Parlementaire Geschiedenis van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (1996)
53. Mr. M.A. Blom, Prospectusaansprakelijkheid van de lead manager (1996)
54. Mr. J.W. Bellingwout, Zetelverplaatsing van rechtspersonen (1996)
55. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1996, Bewaring en eigendom van effecten, mr. W.A.K. Rank, mr. E.M. van Ardenne-Stachiw, mr. Ch.W. le Rütte (1997)
56. Mr. Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen (1997)
57. Maeijers belangstellingen. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. C.A. Schwarz, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. M.M. Mendel, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. T.J. van der Ploeg, prof. mr. A.L. Mohr, prof. dr. W. van Gerven, prof. dr. K. Geens, prof. mr. J.M.M. Maeijer (1997)
58. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 1997, De opkomst van een rechtsgebied, mr. R.I.V.F. Bertrams, mr. S.A. Boele, mr. D.H. Cross, prof. mr. S.E. Eisma, mr. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. W. de Jong, mr. A.F.J.A. Leijten, mr. A. Nederveen, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. W.A.K. Rank, mr. V.P.G. de Serière, prof. mr. W.J. Slagter, prof. mr. L. Timmerman, mr. L.J.K. Vincent (1997)
59. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.M.M. Maeijer, Drie Nijmeegse redes, Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering (1998)
60. Mr. H.M.L. Dings, De commissie van aandeelhouders bij structuurvennootschappen (1998)
61. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 1999, Aspecten van toezicht, Beschouwingen over het toezicht op de financiële sector, mr. H.G. van Everdingen, mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. H.J. Sachse (1999)
62. Conflicten rondom de rechtspersoon, mr. A.F.J.A. Leijten, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.H.M. Willems, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmund, mr. O.L.O. de Witt Wijnen (2000)
63. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2000, Beleggingsinstellingen nader belicht, mr. drs. N.V. Ponsen, mr. P. Klemann (2000)
64. Prof. mr. M. van Olfèn, Beschermingsmaatregelen in de 21e eeuw (2000)
65. Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving, mr. D.R. Doorenbos, prof. mr. N.S.J. Koeman, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, mr. A.J. Macro, mr. H.J. Sachse, drs. ing. C. Maas, mr. D.J.R. Lemstra (2000)
66. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2001, Effectenverkeer via internet. Een tussenstand vanuit effectenrechtelijk perspectief, drs. E.F. Feitsma, mr. V.N.G. van Leeuwen, mr. L.A.G. Moelker, mr. W. de Jong (2001)
67. Verspreide Geschriften van E.J.J. van der Heijden. Verzameld door C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2001)
68. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2002, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2002)

69. Concernverhoudingen, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. F.J.P. van den Ingh, mr. S.M. Bartman, mr. L.G. Verburg, mr. M.L. Lennarts, prof. mr. M.J.A. van Mourik, mr. D.R. Doorenbos, prof. mr. M. van Olffen (2002)
70. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2002, De afwikkeling van grensoverschrijdende effectentransacties, mr. B.M. van Beek en mr. D. van Bruggen (2002)
71. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2002, Een bewezen bestaansrecht (2002)
72. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2003)
73. Mr. M.S. Koppert-van Beek, Handelen namens een op te richten vennootschap (2003)
74. Personenvennootschappen, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. J.A.M. ten Berg, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.J.A. van Mourik, prof. mr. A.L. Mohr en prof. mr. H.M.N. Schonis (2003)
75. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2003-2004, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2004)
76. De werknemer in het ondernemingsrecht, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. G. van Solinge, mr. P.A.M. Witteveen, prof. mr. L.C.J. Sprengers, mr. G.N.H. Kemperink, mr. D.C. Buijs, mr. R.M. Beltzer, mr. F.B.J. Grapperhaus, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. R.A.A. Duk (2004)
77. Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten. Verzameld en ingeleid door C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge (2004)
78. Mr. J.M. Blanco Fernández, mr. M. Holtzer, prof. mr. G. van Solinge, Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures (2004)
79. Mr. J.J. Prinsen, Converteerbare obligaties (2004)
80. Mr. M.P. Nieuwe Weme, Het verplicht bod op effecten (2004)
81. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2004. Voorstel van Wet op het financieel toezicht, mr. J.M. van Dijk en mr. H.V. Oppelaar (2004)
82. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2004-2005, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, mr. M. Holtzer en mr. A.F.J.A. Leijten (2005)
83. Mr. G.J.C. Rensen, Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders (2005)
84. Mr. E.C. Bos, Vruchtgebruik op aandelen (2005)
85. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, mr. R.G.J. Nowak, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel I. De pre-parlementaire geschiedenis (2006)
86. Mr. R.G.J. Nowak, A.M. Mennens, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel II. De parlementaire geschiedenis (2012)
87. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2005-2006, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2006)
88. De financiering van de onderneming, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. H. Beckman, prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. R.J. Abendroth, prof. mr. H.M.N. Schonis, prof. mr. M. van Olffen, mr. V.P.G. de Serière, prof. dr. R.J.M. Dassen RA (2006)
89. Mr. H. ten Voorde, Deponering, publicatie en verzet (2006)
90. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006, De geïnformeerde consument, mr. F.M.A. 't Hart en prof. mr. C.E. Du Perron (2006)
91. Mr. drs. B.J. de Jong, prof. mr. drs. M.P. Nieuwe Weme, Publicatie van de jaarrekening (2006)
92. Mr. P.J. van der Korst, Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten (2007)

93. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2006-2007, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2007)
94. Mr. J.M. Blanco Fernández, prof. mr. M. van Olffen, Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's (2007)
95. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2007, Bouwen en bezinning (2007)
96. Mr. P.J. van der Korst, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme, prof. mr. G. van Solinge, Delegatie van emissiebevoegdheid (2008)
97. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2007-2008, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2008)
98. Flexibele rechtsvormen, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. H.J. De Kluiver, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. J.M. Blanco Fernández, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. A.L. Mohr, mr. J.H.M. Willems, prof. mr. M. van Olffen (2008)
99. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2008-2009, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2009)
100. Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer. Verzameld en ingeleid door C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2009)
101. Preadvis voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009, Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht, A.H. Scheltema en M. Scheltema (2009)
102. Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, onder redactie van mr. K.M. van Hassel en prof. mr. M.P. Nieuwe Weme (2010)
103. B.J. de Jong, Schade door misleiding op de effectenmarkt (2010)
104. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2010)
105. Geschillen in de vennootschap, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. M.W. Josephus Jitta, mr. P.D. Olden, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. C.J.M. Klaassen, prof. mr. M.J. Kroeze, prof. mr. M.W. den Boogert, mr. drs. A.R.J. Croiset van Uchelen, mr. P.N. Wakkie, prof. mr. J.H.M. Willems (2010)
106. Preadvis voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010, Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector, mr. C.W.M. Lieveerse, prof. mr. J.G.J. Rinkes (2010)
107. G.T.J. Hoff, Openbaarmaking van koersgevoelige informatie (2011)
108. C.D.J. Bulten, De geschillenregeling ten gronde (2011)
109. H.J.M.M. van Boxel, Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht (2011)
110. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2010-2011, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2011)
111. Preadvis voor de Vereniging voor Effectenrecht 2011, Regulering van de otc-derivatenmarkten in de EU en de VS, mr. F.G.B. Graaf en mr. R.A. Stegeman (2011)
112. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2011-2012, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2012)
113. Lustrumbundel Vereniging voor effectenrecht 2012, Gedurfde essays over financieel toezichtrecht (2012)

114. Relativering van rechtspersoonlijkheid, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. mr. M.J. Kroeze, mr. D.A.H.W.M. Strik, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. M. van Olfen, prof. mr. H-J. de Kluiver, mr. D.F. Lunsingh Scheurleer, mr. J.H. Lemstra (2012)
115. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2012-2013, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2013)
116. R.A. Wolf, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV (2013)
117. J.J.M. van Mierlo, Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en Ondernemingsrecht (2013)
118. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2013, Vijf jaar Wet op het financieel toezicht, dr. mr. B.P.M. Joosen en prof. mr. R.P. Raas (2013)
119. F.G. Laagland, De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie (2013)
120. J. Barneveld, Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders (2014)
121. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2013-2014, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2014)
122. E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen (2014)