

Vergaderjaar 2022–2023

36 267

Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het notarisambt in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (PbEU 2019, L 321/1) (Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 5 oktober 2022 en het nader rapport d.d. 28 november 2022, aangeboden aan de Koning door de minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 14 juli 2022, no. 2022001573, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 5 oktober 2022, nr. W16.22.0125/II, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, met tussengevoegd de reactie daarop.

Bij Kabinetsmissive van 14 juli 2022, no. 2022001573, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie en Veiligheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het notarisambt in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (PbEU 2019, L 321/1) (Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen), met memorie van toelichting.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van de richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (hierna: de richtlijn).² De richtlijn voorziet in een (nader) geregelde procedure voor het verloop van de drie genoemde verrichtingen en in bijbehorende beschermingsbepalingen voor aandeelhouders, werknemers en schuldeisers.

Vanwege de door de richtlijn voorgeschreven digitale indiening van de verrichtingen merkt de Afdeling advisering van de Raad van State op dat de uitvoerbaarheid van het voorstel in het gedrang komt. Dit als gevolg van de te verwachten vertraging in de aanpassingen in het digitale registratiesysteem bij de Kamer van Koophandel. Zolang dat systeem niet adequaat functioneert, moet in tussenoplossingen worden voorzien. Daarnaast stelt de Afdeling vragen over het ontbreken van flankerend fiscaal beleid. In het belang van de rechtszekerheid dient hierover meer informatie te worden verstrekt dan de toelichting bij het wetsvoorstel thans bevat.

Bovendien kan de toelichting aan duidelijkheid winnen door nader in te gaan op de te verwachten juridische gevolgen van een grensoverschrijdende verrichting – in het bijzonder de omzetting – op andere terreinen dan de fiscaliteit en het vennootschapsrecht. Dit betreft in het bijzonder de toepasselijke regelgeving inzake (onder meer) de sociale zekerheid, arbeidsomstandigheden en toezicht.

Verder maakt de Afdeling een opmerking over het begrip «omzeiling» met betrekking tot de fraudetoets die de notaris moet verrichten. In verband hiermee wordt ook de vraag gesteld door wie en op welke wijze het fiscale deel van de fraudetoets wordt uitgevoerd. Ten slotte stelt de Afdeling een vraag over de taal waarin de relevante documentatie voor de betreffende grensoverschrijdende verrichting moet worden gesteld.

In dat verband is aanpassing van de toelichting, en zo nodig het wetsvoorstel, wenselijk.

1. Achtergrond en inhoud voorstel

De richtlijn wijzigt de Vennootschapsrichtlijn³ en vult deze verder aan, in het bijzonder door nieuwe regelingen in te voegen met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen. Daarnaast voorziet de richtlijn ook in wijzigingen van de al in de Vennootschapsrichtlijn opgenomen regeling voor grensoverschrijdende fusies. De uiterste datum waarop de richtlijn moet zijn omgezet in Nederlands recht is 31 januari 2023.⁴

De richtlijn regelt de drie genoemde verrichtingen – omzetting, splitsing en fusie – grotendeels langs vergelijkbare lijnen. Het proces van elke verrichting verloopt via drie fasen: de voorbereidende, besluitvormende en uitvoerende fase.⁵

De voorbereidende fase houdt in dat elke vennootschap voorbereidende handelingen moet verrichten volgens het eigen nationale recht. Met betrekking tot bijvoorbeeld de fusie geldt dat daaronder onder meer wordt

² Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (PbEU 2019, L 321/1).

³ Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht (PbEU 2017, L 169/46).

⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 1.

⁵ Memorie van toelichting, paragrafen 2.3–2.6.

verstaan dat een (gezamenlijk) fusievoorstel wordt opgesteld en openbaar gemaakt. Daarbij geeft de richtlijn regels over wat er minimaal in dit voorstel moet worden opgenomen.

Vervolgens moet het formele besluit tot fusie worden genomen. Daarna start de uitvoerende fase. De bevoegde instantie uit het land van vertrek moet een schriftelijke verklaring – een zogenaamd pre-fusieattest – afgeven aan de bevoegde instantie uit het land van bestemming waarin staat dat de fusie, kort gezegd, rechtmatig is verlopen.

Daarna wordt de fusie uitgevoerd volgens de regels van het land van bestemming; daarover geeft de bevoegde instantie uit het land van bestemming een slotattest af waarin staat dat aan alle fusievereisten is voldaan. Daarop kunnen de inschrijvingen van de fusierende vennootschappen in het handelsregister, in zowel het land van bestemming als het land van vertrek, worden bijgewerkt. Voor de splitsing en de omzetting geldt een vergelijkbaar regime.

De richtlijn regelt daarnaast per grensoverschrijdende verrichting een vorm van bescherming van (de belangen van) aandeelhouders, schuldeisers en werknemers. Zo voorziet de richtlijn voor aandeelhouders in een uittrederecht en in regelingen en procedures voor vaststelling van ruilverhoudingen en schadeloosstellingen.⁶ De bestaande mogelijkheden voor werknemers die zij op grond van rechtspersonenrechtelijke medezeggenschapsregelingen hebben, worden verder verzekerd voor alle verrichtingen.⁷ Schuldeisers krijgen onder meer de mogelijkheid om zich tot een (administratieve of gerechtelijke) instantie te wenden binnen drie maanden na openbaarmaking van het verrichtingsvoorstel voor het afdwingen van waarborgen (zoals een (bank)garantie of een pandrecht) als zij, kort gezegd, niet tevreden zijn over de geboden waarborgen in dit voorstel.⁸

Het wetsvoorstel implementeert de richtlijn door Boek 2 BW te wijzigen en aan te vullen. Daarnaast brengt dit wetsvoorstel een wijziging aan in de Wet op het notarisambt (Wna). Deze wijziging is nodig ter implementatie van het onderdeel van de richtlijn dat de controle betreft op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende verrichting door een bevoegde instantie. Dat is in Nederland de notaris.⁹

De toelichting beargumenteert dat ervoor is gekozen om de implementatie langs de lijnen van de richtlijn vorm te geven en niet in het voorstel méér of andere zaken te regelen dan de richtlijn voorschrijft.¹⁰ Dit betekent onder meer dat geen fiscale flankerende maatregelen in het voorstel zijn opgenomen. Voor de implementatie van lidstaatopties is uitsluitend gekozen, wanneer dit het beste aansluit bij al bestaande nationale regelingen betreffende de bestaande binnenlandse en buitenlandse grensoverschrijdende verrichtingen.¹¹

⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.7.

⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 2.7.

⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 2.7 en paragraaf 3.2.2 voor de uitwerking in het wetsvoorstel: het gaat hier om de voorzitter van de Ondernemingskamer.

⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.2.3.

¹⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 3.3. en 6.2. Zie ook de Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 9.4.

¹¹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.3.2 e.v. Zie ook de Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 9.7.

2. Uitvoerbaarheid digitale registratie

De richtlijn schrijft voor dat de benodigde documentatie voor een grensoverschrijdende verrichting digitaal moet kunnen worden ingediend en dat digitaal moet kunnen worden gecommuniceerd via de registers.¹² Het wetsvoorstel wijst de Kamer van Koophandel (KvK) aan als beheerder van het register in Nederland.¹³ De KvK moet daarvoor een al bestaand digitaal systeem aanpassen.¹⁴ Via dit systeem kunnen stukken digitaal worden opgevraagd, verstrekt aan betrokken partijen bij de verrichting en uitgewisseld met beheerders in andere lidstaten.

De KvK geeft in haar uitvoeringstoets aan dat deze aanpassingen uitvoerbaar zijn, maar niet vóór de implementatiedatum vanwege capaciteitsproblemen in verband met meerdere digitale projecten die de KvK onder handen heeft.¹⁵ De toelichting geeft aan dat samen met de KvK zal worden nagegaan hoe de implementatie vormgegeven kan worden.¹⁶

De Afdeling merkt op dat de toelichting niet specifiek ingaat op de verwachte vertraging in de uitvoering die de KvK aangeeft en de mogelijke gevolgen daarvan. Dit roept de vraag op hoe partijen aan hun verplichtingen kunnen voldoen en stukken kunnen indienen of opvragen en hoe uitwisseling van relevante gegevens plaatsvindt tussen handelsregisters van verschillende lidstaten als het wetsvoorstel in werking treedt voordat de KvK het digitale systeem naar behoren heeft ingericht.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande om in de toelichting in te gaan op mogelijke tussenoplossingen, bij voorkeur vergezeld van een concreet tijdpad, zodat betrokken partijen met het oog op de rechtszekerheid weten waar zij aan toe zijn.

De Afdeling vraagt aandacht voor de mogelijke gevolgen van de verwachte vertraging in de uitvoering door de Kamer van Koophandel (KvK) en adviseert om nader in te gaan op tussenoplossingen. Naar aanleiding hiervan is de toelichting uitgebreid met de voorziene tussenoplossing voor het interval tussen de inwerkingtreding van de richtlijn en het moment dat de KvK het door de richtlijn en de bijbehorende uitvoeringshandeling vereiste koppeling heeft gemaakt met het Europese systeem voor gekoppelde registers (BRIS). De vertraging bij het maken van deze koppeling heeft verschillende redenen. Zo is op dit moment nog geen BRIS-berichtenverkeer mogelijk voor grensoverschrijdende splitsingen en omzettingen omdat het European Central Platform voor berichtenverkeer pas na de inwerkingtreding de benodigde IT beschikbaar stelt. Ook heeft de KvK op dit moment een volle ICT-portfolio met meerdere digitale projecten en is zij bezig de systemen achter het handelsregister te consolideren en moderniseren. De uitvoeringstoets van de KvK vermeldt een te verwachten doorlooptijd van 12 tot 16 maanden (gerekend vanaf het moment van inwerkingtreding van de richtlijn) voor het maken van de vereiste koppeling met BRIS. De exacte doorlooptijd is onder meer afhankelijk van de prioritering van de verschillende trajecten in het ICT-portfolio van de KvK en het aantal grensoverschrijdende verrichtingen dat zal plaatsvinden na inwerkingtreding.

¹² Artikel 86 octies en Considerans, overwegingen 41 en 43 van de richtlijn.

¹³ Memorie van toelichting, paragrafen 2.6 en 5.

¹⁴ Het betreft hier het Business Registers Interconnection System (BRIS), zie de Uitvoeringstoets van de KvK, p. 2. e.v.

¹⁵ Uitvoeringstoets van de KvK, p.1.

¹⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 5.

Totdat de aanpassingen in het systeem van het handelsregister gereed zijn, kunnen grensoverschrijdende verrichtingen blijven plaatsvinden. Thans verleent de KvK al administratieve ondersteuning bij grensoverschrijdende verrichtingen. Deze ondersteuning vindt grotendeels handmatig plaats. De KvK zal als tussenoplossing deze ondersteuning voortzetten. Dit betekent dat ondernemingen de door de richtlijn vereiste stukken (elektronisch) kunnen indienen bij de KvK. Ook kunnen notarissen het pre-verrichtingsattest indienen en opvragen. De KvK zal de vereiste stukken en berichten handmatig uitwisselen met de buitenlandse handelsregisters en de grensoverschrijdende verrichtingen handmatig registreren. Op deze wijze wordt gewaarborgd dat ondernemingen die partij zijn bij een grensoverschrijdende verrichting ook na inwerking-treding tot aan het moment dat de koppeling met BRIS is gemaakt aan al hun verplichtingen op grond van de richtlijn kunnen voldoen en de benodigde stukken kunnen indienen en opvragen. Het implementatiewetsvoorstel behoeft hiervoor geen aanpassing op deze punten omdat deze bepalingen reeds grotendeels technologie-neutraal geformuleerd zijn.

3. Betekenis wetsvoorstel voor andere juridische terreinen

a. Fiscale gevolgen

Het wetsvoorstel voorziet in lijn met de richtlijn in een vennootschapsrechtelijk kader voor de grensoverschrijdende fusie, splitsing en omzetting. Zowel in de richtlijn als in het wetsvoorstel ontbreekt een analyse van de fiscale gevolgen van een grensoverschrijdende verrichting en eventuele relevante flankerende maatregelen. Voor grensoverschrijdende fusies en splitsingen bestaat reeds een fiscaalrechtelijk kader op Europees en nationaal niveau.¹⁷ Dat geldt niet voor de grensoverschrijdende omzetting.

Verskillende consultatiereacties gaan (uitgebreid) in op het ontbreken van fiscale duiding van het wetsvoorstel en eventuele daarop volgende fiscale flankerende maatregelen – met name op het terrein van de grensoverschrijdende omzetting – en wijzen op de rechtsonzekerheid die zal ontstaan bij het ontbreken daarvan.¹⁸ In reactie hierop onderkent de toelichting het belang van fiscaal flankerend beleid. Omdat de richtlijn geen directe fiscale regels bevat, is echter besloten deze ook niet in het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn op te nemen. Wel is een apart wetsvoorstel in voorbereiding dat op de hiervoor genoemde problematiek in zal gaan.¹⁹

De Afdeling merkt op dat het ontbreken van een analyse van de fiscale gevolgen en daarmee samenhangend fiscaal flankerend beleid in het bijzonder ten aanzien van de grensoverschrijdende omzetting rechtsonzekerheid bij alle betrokken partijen oplevert. Daarbij heeft de Afdeling in beginsel begrip voor de terughoudendheid fiscale maatregelen in het onderhavige wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn te treffen, omdat deze maatregelen in de richtlijn evenmin getroffen zijn.

¹⁷ Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, *PbEG* 2009, L 310/34, zoals laatstelijk gewijzigd op 13 mei 2013, *PbEU* 2013, L 141/30.

¹⁸ Zie onder meer de reacties van de Commissie Vennootschapsrecht, p.4, de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, paragraaf 2, en Loyens & Loeff, paragraaf 6.

¹⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 6.9.

Dit zou echter geen beletsel zijn om gelijktijdig een separaat wetsvoorstel met flankerende fiscale maatregelen in te dienen. Nu dit niet het geval is, zou de toelichting een concreet tijdpad dienen te bevatten van dergelijke flankerende fiscale maatregelen. De toelichting onderkent nu onvoldoende dat betrokken partijen vanuit fiscaal oogpunt niet weten waar zij aan toe zijn als zij zouden overwegen een grensoverschrijdende verrichting, in het bijzonder een omzetting, te doen volgens het wetsvoorstel. De toezegging dat een wetsvoorstel met verder flankerende fiscale regulering in voorbereiding is, geeft, ook met de toevoeging dat daarbij als uitgangspunt zal gelden dat aanvullende fiscale regelgeving zoveel mogelijk langs de lijnen van bestaande fiscale wet- en regelgeving zal worden vormgegeven, te weinig richting en zekerheid. Dat geldt voor de betrokken partijen, maar ook voor de Belastingdienst die mogelijk vragen op dit terrein kan verwachten.

Daarbij geeft de Afdeling in overweging om in de toelichting ook in hoofdlijnen inhoudelijk in te gaan op de contouren van de fiscale maatregelen die men verwacht te treffen. Te denken valt daarbij onder meer aan het beleid ten aanzien van de vennootschapsbelasting, de dividendbelasting, de bronbelasting op rente en royalties en – voor de volledigheid – de overdrachtsbelasting.

De Afdeling adviseert met het oog op de rechtszekerheid in het licht van het voorgaande de toelichting aan te vullen.

De Afdeling merkt op dat een fiscale analyse en fiscale flankerende maatregelen ontbreken in het onderhavige voorstel en vraagt om nadere uitwerking of toelichting. Fiscale flankerende maatregelen die verband houden met grensoverschrijdende verrichtingen kunnen ten goede komen aan de rechtszekerheid voor betrokken partijen. Zoals ook de Afdeling aangeeft, kan de richtlijn worden geïmplementeerd zonder het gelijktijdig invoeren van deze maatregelen. Deze maatregelen worden daarom uitgewerkt in een afzonderlijk wetsvoorstel van de Staatssecretaris van Financiën. De Staatssecretaris van Financiën heeft voor deze kabinetsperiode prioriteiten opgesteld op het terrein van het fiscale beleid.²⁰ Daarbij is rekening gehouden met de beschikbare wetgevingscapaciteit en de wens van het kabinet om wetsvoorstellen met fiscale maatregelen zoveel mogelijk te spreiden. Het kabinet streeft ernaar om in deze kabinetsperiode het wetsvoorstel met flankerende fiscale maatregelen voor grensoverschrijdende verrichtingen in te dienen, en beoogt dit wetsvoorstel met ingang van 1 januari 2025 in werking te laten treden.

De flankerende fiscale maatregelen zullen met name betrekking hebben op de fiscale aspecten van de grensoverschrijdende omzetting. Bij de uitwerking van die maatregelen zal zoveel mogelijk aansluiting worden gezocht bij de bestaande fiscale wet- en regelgeving. Een belangrijk aanknopingspunt daarbij is de fiscale regeling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 voor binnenlandse omzettingen op de voet van 2:18 BW. Omdat de verrichtingen op grond van het onderhavige wetsvoorstel een grensoverschrijdend karakter hebben, zal de verzekering van latere heffing in de fiscaal begeleidende maatregelen een belangrijk aandachtspunt zijn. Hierbij zal onder andere aansluiting worden gezocht bij de anti-ontgaanstoetsen die reeds bestaan in de huidige fiscale faciliteiten voor fusies en splitsingen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het kabinet merkt op dat partijen in de tussen gelegen tijd in voorkomende gevallen gebruik kunnen maken van de samenhang tussen de hiervoor genoemde binnenlandse regelgeving, de faciliteiten op basis

²⁰ Zie ook de brief van 16 februari 2022 «Beleidsprioriteiten Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst».

van de Fusierichtlijn²¹ en de jurisprudentie die het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft gewezen met betrekking tot de grensoverschrijdende omzetting²².

De toelichting is op dit punt aangevuld.

b. Overige externe gevolgen van grensoverschrijdende omzetting

Uit de richtlijn en het wetsvoorstel blijkt dat alle verrichtingen met de nodige waarborgen voor betrokken partijen zijn omgeven. Beide geven ook blijk van het belang van de veranderingen die in het toepasselijk juridisch regime op verschillende terreinen kunnen optreden.²³ Een grensoverschrijdende verrichting – in het bijzonder de omzetting – kan verschillende externe juridische gevolgen hebben, waarvan niet alleen de betrokken partijen, maar ook de bevoegde overheid of overheden op de hoogte moeten zijn. Een omzetting van een besloten vennootschap in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat, inclusief verplaatsing van de statutaire zetel, kan bijvoorbeeld betekenen dat regelgeving uit de andere lidstaat op de onderneming en de betrokken werknemers en schuldeisers van toepassing wordt, bijvoorbeeld op het terrein van arbeidsomstandigheden of sociale zekerheid. Ook kan een toezichthouder uit een andere lidstaat ten gevolge van de omzetting (mede) zeggenschap verkrijgen of verliezen.

De Afdeling merkt op dat de toelichting op de mogelijke gevolgen van een grensoverschrijdende omzetting anders dan op vennootschapsrechtelijk terrein summier ingaat en zich daarbij dan vooral richt op de vereisten in de betrokken documentatie, zoals het omzettingsvoorstel en de toelichting daarop.²⁴

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande in de toelichting nader in te gaan op de gevolgen die een grensoverschrijdende omzetting kan hebben op andere terreinen dan het vennootschapsrecht.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de gevolgen die een grensoverschrijdende omzetting kan hebben op andere terreinen dan het vennootschapsrecht en fiscaliteit, onder meer op de gevolgen op de toepasselijke regelgeving inzake onder meer de sociale zekerheid, arbeidsomstandigheden en toezicht. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in het algemeen deel van de toelichting verduidelijkt dat, ondanks de wijziging van de rechtsvorm bij een grensoverschrijdende omzetting (bv. van een Nederlandse BV in een Duitse GmbH), de rechtspersoonlijkheid behouden blijft en ook niet wordt onderbroken. Bij de grensoverschrijdende omzetting gaat derhalve geen vermogen over en blijft de vennootschap contractspartij bij de overeenkomsten die hij vóór de omzetting had gesloten en procespartij in procedures waarin hij vóór de omzetting was betrokken. Een grensoverschrijdende omzetting brengt op zichzelf ook geen verandering in het werknemersbestand van de vennootschap of de plaats waar de werkzaamheden worden verricht. Bestaande arbeidsovereenkomsten veranderen niet van karakter. De

²¹ Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 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.

²² Zie HvJ EG 16 december 2008, zaak C 210/06 (Cartesio), HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-378/10 (Vale) en HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16 (Polbud).

²³ Zie bijvoorbeeld de considerans bij de richtlijn, overweging 36 en voorgesteld artikel 2:335d BW.

²⁴ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij voorgestelde artikel 2:335d BW.

verandering van de statutaire zetel leidt immers niet tevens tot een verplaatsing van de onderneming van de vennootschap; indien deze voor de omzetting in Nederland was gevestigd, dan verandert dat niet door de omzetting. Zo blijft tevens de Wet op de ondernemingsraden (WOR) van toepassing zolang de omgezette vennootschap een onderneming met een bepaald aantal werknemers in Nederland heeft. Voor de toepassing van Nederlandse wetgeving die aan het begrip onderneming, bedrijf of inrichting is gekoppeld (bijvoorbeeld wetgeving op het terrein van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden) heeft de grensoverschrijdende omzetting om die reden eveneens geen gevolgen. Hetzelfde geldt voor toezichthouders wiens toezicht niet gekoppeld is aan de vennootschap of de rechtspersoon, maar aan het begrip onderneming, bedrijf of inrichting (bijvoorbeeld het toezicht op wetgeving op het terrein van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden door de Nederlandse Arbeidsinspectie).²⁵

Voor sociale zekerheidswetgeving geldt dat werknemers in principe verzekerd zijn in het land waar zij werken. Bij grensoverschrijdende situaties van sociale zekerheid wordt de toepasselijke sociale zekerheidswetgeving bepaald aan de hand van Verordening 883/2004.²⁶ Wanneer een werknemer werkzaamheden verricht in twee of meer lidstaten en er geen substantieel deel van de werkzaamheden wordt verricht in de woonlidstaat, dan kan de zetel of vestigingsplaats van de werkgever in de zin van Verordening 883/2004 relevant zijn voor de toepasselijke wetgeving. De Sociale Verzekeringsbank (SVB) voert deze beoordeling uit. Om te bepalen wat de zetel of vestigingsplaats in de zin van Verordening 883/2004 is, kunnen verschillende criteria afgewogen worden door de SVB. Deze criteria staan nader uitgewerkt in de Praktische gids over de toepasselijke wetgeving in de Europese Unie.²⁷ De statutaire zetel (die wisselt bij een grensoverschrijdende omzetting) is slechts één van de criteria aan de hand waarvan de SVB de zetel of vestigingsplaats bepaald, naast andere criteria als onder meer het aantal maanden of jaren dat de onderneming in de lidstaat gevestigd is, het aantal administratieve werknemers dat in het desbetreffende kantoor werkzaam is en het kantoor dat het ondernemingsbeleid en operationele zaken bepaalt.

4. Fraudetoets

a. Het omzeilingsbegrip

De richtlijn voorziet in een regime waarin een bevoegde autoriteit, die door de lidstaat wordt aangewezen, de grensoverschrijdende verrichting begeleidt en controleert op onrechtmatigheid. Deze fraudetoets vindt plaats door het afgeven van een verklaring – een attest – ter goedkeuring van de besluitvorming van de verrichting en een slotverklaring om de verrichting formeel af te ronden.

²⁵ Vgl. de Arbeidsomstandighedenwet, de Arbeidstijdenwet, de Wet minimumloon, de Wet arbeid vreemdelingen en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs. Zie voor het toezicht op wetgeving op het terrein van sociale zaken de Aanwijzingsregeling toezichthoudende ambtenaren en ambtenaren met specifieke uitvoeringstaken op grond van SZW wetgeving.

²⁶ Verordening (EG) Nr. 883/2004 van het Europees parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels.

²⁷ Praktische Gids over de toepasselijke wetgeving in de Europese Unie (EU), de Europese Economische Ruimte (EER) en Zwitserland (december 2013). Deze praktische handleiding is opgesteld en overeengekomen door de Administratieve Commissie voor de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels. Deze handleiding is bedoeld om socialezekerheidsorganen, werkgevers en burgers te voorzien van een werkinstrument om te kunnen vaststellen welke wetgeving (van welke lidstaat) in een bepaalde situatie van toepassing is.

Het wetsvoorstel wijst in Nederland als bevoegde autoriteit de notaris aan om genoemd proces te begeleiden en de fraudetoets uit te voeren. De betrokken bepalingen (die steeds per verrichting gelijklopend zijn) regelen dat de notaris de eerder genoemde verklaring niet afgeeft indien hij vaststelt dat de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden.²⁸

De toetsing die wordt verlangd heeft dezelfde zwaarte en omvang als de toetsing die de notaris thans bij een grensoverschrijdende verrichting verricht uit hoofde van zijn notariële «poortwachtersrol».²⁹ Daaronder wordt verstaan dat de notaris verplicht is dienst te weigeren, wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt (bijvoorbeeld de afgifte van een pre-verrichting attest), leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft.³⁰ De toelichting neemt bij de verdere bespreking van de genoemde fraudetoets de formulering uit de voorgestelde wettekst over, maar voegt steeds het begrip «onrechtmatig» tussen haken toe aan de term «omzeiling».

De Afdeling merkt op dat de tekst van de richtlijn en van het wetsvoorstel de term «omzeiling» zonder nadere toevoeging hanteert. De toelichting vult het begrip «omzeiling» consequent aan met de term «onrechtmatig» tussen haken. Dat suggereert dat de toelichting ook de mogelijkheid openlaat dat er een vorm van «rechtmatige» omzeiling bestaat, die de fraudetoets zou kunnen doorstaan.³¹

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de keuze om in de toelichting de term «omzeiling» aan te vullen met de term «onrechtmatig» tussen haken in afwijking van de tekst van de richtlijn en van het wetsvoorstel.

De Afdeling merkt terecht op dat de tekst van de memorie van toelichting niet in lijn is met de tekst van het wetsvoorstel (en de richtlijn) aangezien in de toelichting de term «onrechtmatig» tussen haken is toegevoegd aan de term «omzeiling». In de tekst van het wetsvoorstel en de richtlijn ontbreekt de term «onrechtmatig» voor «omzeiling». Er is niet beoogd om in de toelichting af te wijken van de tekst van het wetsvoorstel (en de richtlijn) en onderscheid te maken tussen onrechtmatige en rechtmatige omzeiling. Om die reden is naar aanleiding van het advies van de Afdeling de toelichting aangepast en steeds de term «onrechtmatig» voor de term «omzeiling» geschrapd.

b. Rol fiscaliteit

In de tekst van de bepalingen in de richtlijn noch het wetsvoorstel komt expliciet naar voren dat de fraudetoets die de notaris uitvoert een fiscaal aspect in zich kan dragen. In de considerans bij de richtlijn wordt er wel op gewezen dat de fraudetoets een fiscaal aspect bevat.³² Bovendien

²⁸ Zie bijvoorbeeld voorgesteld artikel 2:335l lid 6 BW in lijn met artikel 86quaterdecies lid 8 van de richtlijn betreffende de grensoverschrijdende omzetting.

²⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.2.3 en artikel 21 Wna.

³⁰ Artikel 21 Wna.

³¹ Zie ook bijvoorbeeld Hof van Justitie van de Europese Unie van 9 maart 1999. C-212/97, Centros, ECLI:EU:C:1999:126 en Hof van Justitie van de Europese Unie van 18 januari 2018, C-249/15, Wind 1014 GmbH, ECLI:EU:C:2018:21.

³² Considerans bij de richtlijn, overwegingen 35 en 36.

vermeldt de considerans dat lidstaten, onverminderd de bindendheid van een regelmatig verlopen grensoverschrijdende verrichting, de bevoegdheden houden, onder meer op het terrein van het fiscale recht om op basis van nieuwe wezenlijke informatie vast te stellen, nadat de grensoverschrijdende verrichting van kracht is geworden, dat de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden.³³

De Afdeling merkt op dat de toelichting niet ingaat op de vraag of de notaris in zijn rol van bevoegde autoriteit in de door de wet voorgeschreven fraudetoets ook eventuele fiscale fraude meeneemt in deze toets. Omdat de voorgenomen wetsbepalingen op dit terrein en de toelichting hierop niet ingaan en tegelijkertijd de reeds bestaande poortwachtersfunctie van de notaris – waarvan fiscale controle niet a priori deel uitmaakt – in de toelichting wordt benadrukt, lijkt dit op voorhand niet het geval te zijn. Omdat denkbaar is dat betrokken partijen juist om fiscale redenen een grensoverschrijdende verrichting wenselijk zullen vinden, is het daarom van belang dat de toelichting expliciet benoemt dat de Belastingdienst of een andere daarvoor bestemde autoriteit een grensoverschrijdende verrichting ook toetst op fiscale fraude.³⁴

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande de toelichting aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

De Afdeling merkt op dat in de tekst van de bepalingen in de richtlijn noch het wetsvoorstel expliciet naar voren komt dat de fraudetoets die de notaris uitvoert ook ziet op fiscale aspecten. De reden hiervoor is dat de richtlijn geen fiscale bepalingen bevat en louter het vennootschapsrecht betreft. Dit volgt onder meer uit de rechtsbasis van de richtlijn. De richtlijn is gebaseerd op artikel 50 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en heeft daarmee een vennootschapsrechtelijke basis (vrijheid van vestiging). Voor Europese fiscale richtlijnen is een aparte rechtsbasis vereist (artikel 115 VWEU) en is unanimititeit van de lidstaten nodig (in plaats van een gekwalificeerde meerderheid). Omdat de richtlijn louter het vennootschapsrecht betreft, strekt de in de richtlijn opgenomen fraudetoets voor grensoverschrijdende verrichtingen door een bevoegde autoriteit (in Nederland: de notaris) zich niet uit tot fiscale aspecten. Om die reden kan bij de implementatie van de fraudetoets ook aangesloten worden bij de reeds bestaande poortwachtersfunctie van de notaris.

De toelichting is op dit punt aangevuld.

5. Taal

De richtlijn en het wetsvoorstel bevatten geen bepalingen waarin direct is voorgeschreven in welke taal of talen relevante documentatie ten behoeve van een grensoverschrijdende verrichting (bijvoorbeeld een fusievoorstel of een statutenwijziging) moet zijn opgesteld. Verschillende consultatiereacties benoemen dit punt.³⁵ De toelichting gaat op dit punt niet specifiek in.

³³ Considerans bij de richtlijn, overweging 51.

³⁴ Overweging 34 van de considerans bij de richtlijn laat ook de mogelijkheid open dat meer bevoegde instanties, waaronder ook een belastingdienst, kunnen worden aangewezen.

³⁵ Zie bijvoorbeeld de reacties van Loyens & Loeff, paragraaf 2.2, en de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, nrs. 19 en 20.

De Afdeling merkt op dat het wenselijk zou zijn als de toelichting op het voornoemde punt duidelijkheid verschaft met het oog op de belangen van verschillende betrokken partijen. Vanuit het perspectief van de betrokken vennootschappen zelf en de vennootschapspraktijk is voorstelbaar dat zij de betreffende documentatie wensen op te stellen in een taal die in het internationale handelsverkeer wordt gehanteerd: bijvoorbeeld het Engels, Duits of het Frans.

Daarnaast spelen echter belangen van betrokken partijen, zoals schuldeisers of werknemers, een rol. Voor hen is het van belang dat zij de belangrijke stukken (ook) in hun eigen voertaal kunnen bestuderen om hun (rechts)positie adequaat te kunnen bepalen. Voor stukken, zoals statuten, die in openbare registers moeten worden ingeschreven, geldt al dat ten minste een getrouwe Nederlandse vertaling beschikbaar moet zijn, wanneer deze in een vreemde taal zijn opgesteld.³⁶ Voor andere stukken, zoals een fusievoorstel, waarvoor deze verplichting niet geldt, zou een verduidelijking te dien aanzien in de toelichting gewenst zijn.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande in de toelichting nader in te gaan op de taalvoorschriften bij de betrokken grensoverschrijdende verrichting.

De Afdeling adviseert om in de toelichting nader in te gaan op de taalvoorschriften voor de benodigde documentatie voor grensoverschrijdende verrichtingen (zoals het verrichtingsvoorstel en de statutenwijziging). De toelichting is op dit punt verduidelijkt. Hierbij wordt toegelicht dat het verrichtingsvoorstel en de statutenwijziging niet in plaats van in het Nederlands in een andere taal kunnen worden opgesteld. Zie hierover ook de nota naar aanleiding van het verslag bij de implementatiewet van de richtlijn grensoverschrijdende fusies (Kamerstukken II 2006/07, 30 929, nr. 7, p. 5). Zoals de Afdeling opmerkt is het van belang voor alle belanghebbenden, waaronder aandeelhouders, schuldeisers en de werknemers(-vertegenwoordigers), om in hun eigen voertaal van het voorstel en statutenwijziging kennis te kunnen nemen. Het wetsvoorstel bevat om deze reden geen regeling die het toestaat het verrichtingsvoorstel of de statutenwijziging in plaats van in het Nederlands in een andere taal op te stellen. Dit is in lijn met de richtlijn die eveneens geen bepalingen bevat over taalvoorschriften. Het staat de betrokken vennootschap(pen) overigens vrij om meer vertalingen of werkversies van het verrichtingsvoorstel of de statutenwijziging beschikbaar te stellen en desgewenst te deponeren bij het handelsregister.

Tot slot is van de gelegenheid gebruik gemaakt om, naast enkele redactionele en technische wijzigingen, in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting te verduidelijken dat, in lijn met de richtlijn, voor een besluit tot een grensoverschrijdende verrichting door de algemene vergadering in ieder geval een versterkte meerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen vereist is.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

³⁶ Artikel 35 Wet beëdigde tolken en vertalers; W.J.M. van Veen e.a., *Grensoverschrijdende juridische fusies: de verschillende grondslagen, mogelijkheden en beperkingen*, Deventer: Kluwer 2015, paragraaf 2.6.2.

Ik moge U hierbij verzoeken het gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Rechtsbescherming,
F.M. Weerwind