

# Schuldeiserbescherming bij grensoverschrijdende verrichtingen naar het recht van Nederland, Duitsland en Spanje

*P.P. de Vries, Th. de Rave & N.S.N. Graves*

## 1 Inleiding

Sinds een jaar kent Nederland nieuwe regels voor grensoverschrijdende juridische fusie (GOF), grensoverschrijdende omzetting (GOO) en grensoverschrijdende juridische splitsing (GOS). Voor de praktijk is van belang dat de nieuwe regels leiden tot duidelijkheid en rechtszekerheid over het proces. Met name over het proces van schuldeisersbescherming, meer specifiek de termijn voor afgifte van het pre-verrichtingsattest door de Nederlandse notaris en de timing van de realisatie van de grensoverschrijdende verrichting, is discussie ontstaan. Voor een goed begrip van de nieuwe regels werken we allereerst het proces voor schuldeisersbescherming uit (par. 2). Vervolgens gaan we in op de diverse standpunten in de Nederlandse juridische literatuur en het standpunt van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) en sluiten dit af met een eigen standpunt (par. 3).

Voor deze discussie is naar onze mening rechtsvergelijking zinvol, nu het gaat om implementatie van een EU-richtlijn en tot op zeker hoogte vergelijkbare vragen zich voordoen in andere lidstaten van de Europese Unie (EU) of de Europese Economische Ruimte (EER). Daarnaast zijn bij elke grensoverschrijdende verrichting ten minste twee EU/EER-lidstaten betrokken, dus moet tussen adviseurs altijd de timing van het proces worden afgestemd. Zoals blijkt uit het empirisch onderzoek van Biermeyer en Meyer-Erdmann vonden tussen de jaren 2000 en 2020 de meeste grensoverschrijdende verrichtingen in Luxemburg (3540), Nederland (2273) en Duitsland (2192) plaats.<sup>1</sup> Gelet op het aantal verrichtingen en het belang van de Duitse economie is onze keuze voor een vergelijking op Duitsland gevallen (par. 4). Luxemburg heeft op het moment van schrijven de nieuwe regels van de Aangepaste Venootschapsrichtlijn (zoals hierna in par. 2 gedefinieerd) nog niet geïmplementeerd.<sup>2</sup> Spanje is in het onderzoek van Biermeyer en Meyer-Erdmann op een negende plek (552) geland, of op een achtste plek als het Verenigd Koninkrijk buiten beschouwing wordt gelaten. We hebben gekozen voor een vergelijking met Spanje omdat de Spaanse regels voor grensoverschrijdende verrichtingen zich niet

1 T. Biermeyer & M. Meyer-Erdmann, *Cross-border corporate mobility in the EU: Empirical findings 2021, 2022*, p. 9-10, beschikbaar via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3960618> of <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3960618>.

2 Sinds 27 juli 2022 is in Luxemburg ontwerpwet nr. 8053 die ziet op implementatie in behandeling bij het parlement en is input hierop verzameld van verschillende instanties, maar wijzigingen zijn nog steeds mogelijk en de invoeringsdatum is nog onbekend. Vanwege het embryonale stadium van deze regels hebben we niet gekozen voor een vergelijking met Luxemburg.

Schuldeiserbescherming bij grensoverschrijdende verrichtingen naar het recht van Nederland, Duitsland en Spanje

beperken tot de EU/EER, maar ook kunnen worden toegepast voor een in- of uitreis met een niet-EU/EER land (par. 5). We sluiten af met een korte nabeschuiving (par. 6).

## 2 De procedure van de grensoverschrijdende verrichting

Sinds 2008 wordt de GOF gefaciliteerd in ons vennootschapsrecht.<sup>3</sup> Op basis van jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie van de EU inzake de vrijheid van vestiging is de GOO vervolgens gemeengoed geworden en is ook sporadisch een GOS geëffectueerd.<sup>4</sup> Om de grensoverschrijdende herstructureringspraktijk op de Europese wetgeving aan te laten sluiten, heeft de Europese wetgever in 2019 de Richtlijn (EU) 2019/2121 (hierna: de Mobiliteitsrichtlijn) vastgesteld, waarmee regels zijn geïntroduceerd dan wel aangepast voor de GOO, GOS en GOF (oftewel de grensoverschrijdende verrichting).<sup>5</sup> De regels van de Mobiliteitsrichtlijn zijn opgenomen in Richtlijn (EU) 2017/1132 (hierna: de Aangepaste Vennootschapsrichtlijn). Met ingang van 1 september 2023 heeft Nederland de regels van de Aangepaste Vennootschapsrichtlijn geïmplementeerd door middel van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (hierna: de Implementatiewet), waarvan de neerslag is te vinden in titel 7 en 7A van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Een grensoverschrijdende verrichting bestaat grofweg uit drie stadia: (1) een voorbereidende fase, (2) een besluitvormingsfase en (3) een implementatiefase. In de voorbereidende fase stellen de betrokken vennootschappen een verrichtingsvoorstel, een toelichting en een kennisgeving op, en verkrijgen zij indien nodig een accountantsverklaring. Vervolgens worden deze stukken openbaar gemaakt en wordt dit publiekelijk aangekondigd. Ten slotte wordt in de Aangepaste Vennootschapsrichtlijn voorgeschreven dat (kort gezegd) schuldeisers zich tot drie maanden na de publieke aankondiging bij een administratieve of gerechtelijke instantie kunnen melden om zekerheid te ontvangen voor hun vorderingen.<sup>6</sup> In de besluitvormingsfase wordt door de algemene vergadering besloten om de grensoverschrijdende verrichting te laten plaatsvinden en geldt een uittreedregeling voor (kort gezegd) tegenstemmende aandeelhouders. Vervolgens wordt in de implementatiefase door de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten verklaard dat alle formalitei-

3 De aanleiding voor de oorspronkelijke GOF-regels was de implementatie van Richtlijn (EU) 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen. Deze GOF-regels zijn met ingang van 15 juli 2008 te vinden in afd. 3A van titel 7 Boek 2 BW.

4 HvJ EG 13 december 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762 (Sevic), HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 (Cartesio), HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 (Vale) en HvJ EU 25 oktober 2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2012:804 (Polbud). Zie voor een overzicht van grensoverschrijdende mobiliteit over de periode 2000-2020 het zesde rapport over grensoverschrijdende verrichtingen in de EU: Biermeyer & Meyer-Erdmann 2022.

5 Richtlijn (EU) 2019/2121 van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132.

6 Art. 86j undecies lid 1 (GOO), art. 126 ter lid 1 (GOF) en art. 160 undecies lid 1 (GOS) Vennootschapsrichtlijn.

ten zijn nageleefd in een pre-verrichtingsattest en een slotattest. Afsluitend vindt de grensoverschrijdende verrichting plaats, waarbij deze van kracht wordt op een door een nationaal recht beheerst tijdstip.

De Aangepaste Vennootschapsrichtlijn verplicht de lidstaten om een rechterlijke, notariële of andere instantie aan te wijzen die bevoegd is om toezicht te houden op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende verrichting voor wat betreft het gedeelte van de procedure dat door het recht van die lidstaat wordt beheerst.<sup>7</sup> In de Implementatiewet is bepaald dat de Nederlandse notaris van Nederlandse zijde is aangewezen als de bevoegde instantie die toezicht houdt op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende verrichting. Afhankelijk van de soort verrichting en of het gaat om de bevoegde instantie in de lidstaat van vertrek of in de lidstaat van bestemming wordt de bevoegde instantie op twee bepalende momenten betrokken, namelijk bij afgifte van (1) een pre-verrichtingsattest of (2) een slotattest. Bij het pre-verrichtingsattest ligt de nadruk op de controle van de rechtmatigheid van de verrichting: de bevoegde instantie weigert afgifte van het attest bij constatering dat de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van het Unie- of nationale recht, of voor criminele doeleinden. Daarnaast wordt de naleving van de toepasselijke regels geborgd doordat zowel in het pre-verrichtingsattest als in het slotattest de instantie moet verklaren dat alle door de desbetreffende lidstaat voorgeschreven formaliteiten in acht zijn genomen.

Een voor de praktijk relevante vraag is of het pre-verrichtingsattest kan worden afgegeven – en zelfs of de grensoverschrijdende verrichting kan worden gerealiseerd – voordat de driemaandstermijn is verstreken waarin schuldeisers een procedure kunnen starten om hun rechten te waarborgen. De discussie hierover woedt inmiddels in de Nederlandse literatuur en wij werken deze discussie uit in paragraaf 3. Vanwege de focus in deze bijdrage op de crediteurenprocedure gaan wij niet in op eventuele situaties waarin het uittreedrecht van aandeelhouders in de weg staat aan de afgifte van het pre-verrichtingsattest.<sup>8</sup>

### 3 Nederlands recht

In de Aangepaste Vennootschapsrichtlijn is bepaald dat lidstaten moeten voorzien in een regeling voor de bescherming van schuldeisers.<sup>9</sup> Vergelijkbaar met de verzetsregeling voor nationale herstructureringen hebben schuldeisers naar Nederlands recht de mogelijkheid om gedurende drie maanden (in plaats van één maand in de nationale context) vanaf de aankondiging van het voorstel tot de grensoverschrijdende verrichting met een verzoekschrift bij de bevoegde rechtbank verzet daartegen aan te tekenen.<sup>10</sup> De bescherming die uit de Aangepaste Vennootschaps-

7 Art. 86j quaterdecies lid 1 (GOO), art. 127 lid 1 (GOF) en art. 160 quaterdecies lid 1 (GOS) Vennootschapsrichtlijn.

8 Art. 2:333i lid 5 BW (GOF), art. 2:334uu lid 5 BW (GOS) en art. 2:335l lid 4 BW (GOO).

9 Zie art. 86 undecies (GOO), art. 126 ter (GOF) en art. 160 undecies (GOS) Vennootschapsrichtlijn.

10 Art. 2:333ha jo. art. 2:316 BW (GOF), art. 2:334rr jo. art. 2:334l BW (GOS) en art. 2:335j BW (GOO).

Schuldeiserbescherming bij grensoverschrijdende verrichtingen naar het recht van Nederland, Duitsland en Spanje

richtlijn volgt, geldt slechts voor schuldeisers wier vorderingen voorafgaand aan de aankondiging van de grensoverschrijdende verrichting zijn ontstaan en ten tijde van die openbaarmaking nog niet opeisbaar zijn. Doordat in de Nederlandse regeling in de letterlijke tekst wordt gesproken over *iedere schuldeiser*, is deze bescherming ruimhartiger dan noodzakelijk is op grond van de Aangepaste Vennootschapsrichtlijn. Deze keuze had wat ons betreft minder ruimhartig gemogen. Het is namelijk de vraag of de schuldeiser, die zich bewust zou moeten zijn van een grensoverschrijdende verrichting, aangezien aankondiging daarvan heeft plaatsgevonden, en hij zich hiervoor contractueel had kunnen beschermen, deze extra bescherming toe zou moeten komen.

De Nederlandse procedure is van toepassing indien een Nederlandse vennootschap partij is bij de grensoverschrijdende verrichting. Hiervan is sprake bij een GOF, ongeacht of de Nederlandse vennootschap verdwijnt (outbound) of juist de verkrijgende vennootschap is (inbound), bij een GOS van een Nederlandse vennootschap waarbij een buitenlandse vennootschap wordt opgericht (outbound),<sup>11</sup> en bij een GOO van een Nederlandse vennootschap naar een buitenlandse vennootschap (outbound). Omdat bij een inbound GOS de Nederlandse vennootschap pas ontstaat ter gelegenheid van de splitsing, zijn er ook nog geen relevante schuldeisers met een verzetsrecht. Hetzelfde geldt bij een inbound GOO, waarbij Nederlands recht van toepassing zal zijn op de vennootschap bij het van kracht worden van de GOO.

Indien tijdig verzet is gedaan tegen een GOF of tegen een outbound GOO, mag de notaris het pre-verrichtingsattest niet afgeven, althans niet totdat het verzet (kort gezegd) is opgeheven.<sup>12</sup> Voor een outbound GOS ontbreekt een dergelijke bepaling. Redengevend is dat in de visie van de wetgever het pre-verrichtingsattest bij een GOS wordt afgegeven rond het moment dat de akte van splitsing wordt gepasseerd en dat reeds is bepaald dat de splitsingsakte niet mag worden gepasseerd indien tijdig verzet is aangetekend, althans niet tot het verzet is opgeheven.<sup>13</sup> Op grond van het voorgaande zou de conclusie kunnen worden getrokken dat schuldeisersverzet een blokkerende werking heeft, omdat een tijdig ingediend verzet voorkomt dat de notaris het pre-verrichtingsattest afgeeft, respectievelijk de splitsingsakte passeert, zodat de procedure tot stilstand komt. Zo simpel is het echter niet.

In het pre-verrichtingsattest moet de notaris verklaren wanneer de verzetstermijn van drie maanden is verstreken, of wanneer de termijn *zal verstrijken*.<sup>14</sup> Deze laatste woorden impliceren dat het pre-verrichtingsattest kan worden afgegeven voordat de driemaandstermijn is verstreken en niet pas na het volledig doorlopen van de termijn.<sup>15</sup> In dit verband is van belang dat het pre-verrichtingsattest kan wor-

11 Art. 2:334j lid 1 BW bepaalt dat een GOS van een Nederlandse vennootschap alleen mogelijk is indien bij de splitsing een buitenlandse vennootschap wordt opgericht. Splitsing naar een bestaande buitenlandse vennootschap is niet toegestaan.

12 Art. 2:333ha lid 3 BW (GOF) en art. 2:335j lid 4 BW (GOO).

13 Art. 2:334l lid 3 BW; Kamerstukken II 2022/23, 36267, nr. 3, p. 87-88 (MvT).

14 Art. 2:333i lid 5 BW (GOF), art. 2:334uu lid 5 BW (GOS) en art. 2:335l lid 4 BW (GOO).

15 Kamerstukken II 2022/23, 36267, nr. 3, p. 53 en 118 (MvT).

den afgegeven nadat de algemene vergadering heeft besloten tot het aangaan van de grensoverschrijdende verrichting. Dit besluit kan worden genomen na afloop van een maand na aankondiging van de openbaarmaking van de relevante documenten bij het handelsregister.<sup>16</sup> Voor de timing is bovendien van belang dat de schriftelijke toelichting (indien vereist, zoals bijvoorbeeld niet bij een vereenvoudigde GOF) twee weken eerder aan de aandeelhouders en de ondernemingsraad is verstrekt. Voor deze stakeholders geldt namelijk dat zij ten minste zes weken voorafgaand aan het verrichtingsbesluit kennis moeten kunnen nemen van de toelichting en, indien al beschikbaar, het verrichtingsvoorstel.<sup>17</sup> Het pre-verrichtingsattest kan met in achtneming van het voorgaande op zijn vroegst worden afgegeven na afloop van een maand na de aankondiging, terwijl schuldeisers dan nog twee maanden hebben om verzet aan te tekenen.

Voor de outbound GOO en de outbound GOF is afgifte van het pre-verrichtingsattest door de notaris de laatste Nederlandse stap. Een na afgifte van het pre-verrichtingsattest ingesteld schuldeisersverzet heeft geen blokkerende werking meer ten aanzien van een dergelijke verrichting. Voor de inbound GOF en de outbound GOS is een Nederlandse notariële akte vereist, zodat de vraag kan worden gesteld of de akte kan worden gepasseerd terwijl schuldeisers nog verzet kunnen aantekenen of zelfs hebben aangetekend.<sup>18</sup> Voor de inbound GOF is expliciet bepaald dat ingesteld schuldeisersverzet geen beletsel vormt voor het passeren van de akte.<sup>19</sup> Het gaat dan om verzet dat is aangetekend na afgifte van het pre-fusieattest door de Nederlandse notaris (zonder welk attest de inbound GOF – tijdelijk – geen doorgang kan vinden), maar voorafgaand aan het passeren van de notariële akte. Ondanks dit verzet kan de fusieakte op basis van de wettekst ‘gewoon’ worden gepasseerd. Voor een outbound GOS geldt zoals vermeld dat de akte niet mag worden gepasseerd als voorafgaand aan het passeren van de akte verzet is aangetekend.<sup>20</sup> Maar voor het geval er geen verzet is ingesteld op het moment van het passeren van de splitsingsakte, is er voor een outbound GOS geen verplichting in de wettelijke regeling opgenomen om te wachten met het passeren van de akte totdat de verzetstermijn van drie maanden volledig is doorlopen. Zie tabel 1 voor een schematische weergave van de Nederlandse consequenties van een verzet.

16 Art. 2:317 lid 2 BW (GOF), art. 2:334m lid 2 BW (GOS) en art. 2:335h lid 2 BW (GOO).

17 Art. 2:333f lid 6 BW (GOF), art. 2:334nn lid 6 BW (GOS) en art. 2:335d lid 6 BW (GOO).

18 Art. 2:333i lid 1 jo. art. 2:318 lid 1 BW (GOF), art. 2:334uu lid 1 jo. art. 2:334n lid 1 BW (GOS) en art. 2:335m lid 1 BW (GOO).

19 Art. 2:333ha lid 3 BW, waarmee art. 2:316 lid 4 BW buiten toepassing wordt verklaard voor de GOF. Anders Van Veen, die ten onrechte meent dat art. 2:316 lid 4 BW van toepassing zou zijn. Zie W.J.M. van Veen, *Het pre-fusie-, omzettings- en splitsingsattest en de verzetstermijn voor crediteuren*, WPNR 2023, afl. 7425, p. 646.

20 Art. 2:334l lid 3 BW.

Schuldeiserbescherming bij grensoverschrijdende verrichtingen naar het recht van Nederland, Duitsland en Spanje

**Tabel 1** *De consequenties van verzet in Nederland*

	<b>Verzet aangetekend in Nederland vóór afgifte van het pre-verrichtingsattest door de Nederlandse notaris</b>	<b>Verzet aangetekend in Nederland na afgifte van het pre-verrichtingsattest door de Nederlandse notaris, maar voor het effectueren van de verrichting</b>
Outbound GOF	Het attest kan niet worden afgegeven totdat het verzet is opgeheven	Verzet staat niet in de weg aan effectuering van de fusie conform het recht van de lidstaat van bestemming
Outbound GOS	Het attest kan worden afgegeven, maar dit ligt niet voor de hand omdat de splitsingsakte niet kan worden gepasseerd totdat het verzet is opgeheven	De splitsingsakte kan niet worden gepasseerd door de Nederlandse notaris totdat het verzet is opgeheven
Outbound GOO	Het attest kan niet worden afgegeven totdat het verzet is opgeheven	Verzet staat niet in de weg aan effectuering van de omzetting conform het recht van de lidstaat van bestemming
Inbound GOF	Het attest kan niet worden afgegeven totdat het verzet is opgeheven	Verzet staat niet in de weg aan het passeren van de fusieakte door de Nederlandse notaris
Inbound GOS	De Nederlandse verzetsprocedure is niet van toepassing	De Nederlandse verzetsprocedure is niet van toepassing
Inbound GOO	De Nederlandse verzetsprocedure is niet van toepassing	De Nederlandse verzetsprocedure is niet van toepassing

Op basis van het voorgaande geldt voor een outbound GOF, een inbound GOF en een outbound GOO dat schuldeisersverzet de verrichting (tijdelijk) blokkeert indien het verzet is ingesteld voorafgaand aan de afgifte van het pre-verrichtingsattest door de Nederlandse notaris. In dat geval kan het pre-verrichtingsattest niet worden afgegeven. Verzet dat is aangetekend na afgifte van het pre-verrichtingsattest heeft naar onze mening geen blokkerende werking: het verzet staat niet in de weg aan het effectueren van de verrichting. Voor de outbound GOS geldt dat schuldeisersverzet de verrichting (tijdelijk) blokkeert indien het verzet is ingesteld voorafgaand aan het passeren van de akte van splitsing. In dat geval kan de splitsingsakte niet worden gepasseerd. Verzet dat is aangetekend na het passeren van de splitsingsakte heeft geen blokkerende werking: het verzet staat niet in de weg aan het nemen van de vervolgstappen in de lidstaat van bestemming. In de praktijk zal het er in veel gevallen grofweg op neerkomen dat verzet dat wordt aangetekend in de eerste maand van de procedure een blokkerende werking heeft (in die zin dat de procedure tijdelijk tot stilstand komt), en verzet dat pas na een maand wordt aangetekend geen blokkerende werking heeft.

Voor die gevallen – waarin schuldeisersverzet pas na een maand is ingediend en het verzet de verrichting niet meer (tijdelijk) blokkeert – is bepaald dat de rechter de

door een schuldeiser verzochte waarborg kan bevelen op straffe van een dwangsom.<sup>21</sup> De vraag is echter of een schuldeiser die pas na een maand in verzet gaat met deze crediteurenprocedure voldoende is geholpen, omdat de grensoverschrijdende verrichting inmiddels een voldongen feit kan zijn. De schuldeiser kan dan worden geconfronteerd met een Nederlandse kapitaalvennootschap waarvan het vermogen is uitgehouden, bijvoorbeeld bij een inbound GOF met een buitenlandse kapitaalvennootschap met een negatief eigen vermogen. Bij een outbound grensoverschrijdende verrichting zal een schuldeiser bovendien zijn rechten geldend moeten maken jegens een buitenlandse kapitaalvennootschap, bijvoorbeeld bij een outbound GOO.

Gelet op de hiervoor genoemde consequenties werd al ten aanzien van het voorontwerp van de Implementatiewet door Exel en Rensen gesignaleerd dat reeds tijdens de driemaandstermijn een pre-verrichtingsattest kan worden afgegeven, terwijl het volgens Verbrugh voor de hand zou liggen om juist wel de driemaandstermijn in acht te nemen.<sup>22</sup> Na invoering van de Implementatiewet verdiepte deze discussie zich doordat Van Veen de positie innam dat een notaris terughoudend moet zijn bij de afgifte van een pre-verrichtingsattest voorafgaand aan het verstrijken van de volledige verzetstermijn van drie maanden en bij een inbound GOF in ieder geval geen akte van fusie zou moeten passeren zolang deze termijn nog loopt.<sup>23</sup> Hij wijst in dit verband op overweging 22 en 23 in de Preamble bij de Mobiliteitsrichtlijn en stelt dat deze overwegingen inhouden dat schuldeisers beschermd moeten worden tegen de noodzaak vorderingen in te dienen in een andere jurisdictie. Daarbij merken wij op dat in deze overwegingen niet is opgenomen dat waarborgen voorafgaand aan de grensoverschrijdende verrichting moeten worden gegeven. Voorts onderbouwt hij zijn stelling door te wijzen op art. 126 ter van de Aangepaste Vennootschapsrichtlijn, waarin is opgenomen dat de waarborgen voor schuldeisers afhankelijk worden gesteld van de voorwaarde dat de grensoverschrijdende fusie van kracht wordt. Naar onze mening betekent dit niet meer dan dat als er waarborgen zijn gesteld, deze vervallen in het onverhoopte geval dat de grensoverschrijdende verrichting geen doorgang vindt.

In reactie op Van Veen vond de KNB het noodzakelijk stelling te nemen in deze discussie en aan te sluiten bij Exel en Rensen, in die zin dat volgens de KNB zowel een pre-fusieattest bij een inbound of outbound GOF als een pre-omzettingsattest bij een outbound GOO mag worden afgegeven voordat de verzetstermijn van drie maanden is verstreken, mits uiteraard ten tijde van de afgifte van het attest (nog)

- 21 Art. 2:333ha lid 3 BW (GOF), art. 2:334l lid 4 BW (GOS), in welk artikel ook wordt ingegaan op remedies bij het 'opknippen' van een rechtsverhouding, hetgeen hier buiten beschouwing blijft, en art. 2:335j lid 5 BW (GOO).
- 22 P.J. Exel & G.J.C. Rensen, Grensoverschrijdende fusie volgens het Voorontwerp grensoverschrijdende mobiliteit, *Ondernemingsrecht* 2022/61; M.A. Verbrugh, Bescherming van schuldeisers bij grensoverschrijdende fusies, splitsingen en omzettingen van EU/EER-kapitaalvennootschappen, *Ondernemingsrecht* 2022/64.
- 23 Van Veen 2023. Dit betoog herhaalt hij in: Van Veen, in: *GS Rechtspersonen 2024*, art. 2:333ha BW, aant. 3.

geen verzet is aangetekend.<sup>24</sup> Ons inziens geldt hetzelfde voor de afgifte van een pre-splitsingsattest bij een outbound GOS, omdat er dogmatisch geen reden is om deze herstructureringsvorm anders te behandelen dan de inbound of outbound GOF en de outbound GOO. De praktische consequentie hiervan is beperkt, omdat de akte van splitsing niet mag worden gepasseerd indien op dat moment al verzet is aangetekend.<sup>25</sup> In dezelfde reactie stelt de KNB dat bij een inbound GOF een fusieakte mag worden gepasseerd op basis van de afgegeven pre-fusieattesten, zelfs indien na afgifte van het attest door de Nederlandse notaris, maar voorafgaand aan het passeren van de akte verzet wordt aangetekend.

Er wordt dus verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of het pre-verrichtingsattest kan worden afgegeven (bij een inbound of outbound GOF, een outbound GOS en een outbound GOO) en de fusieakte of splitsingsakte kan worden gepasseerd (bij een inbound GOF of outbound GOS) voordat de volledige verzetstermijn van drie maanden is verstreken. Enerzijds meent Van Veen dat de notaris op dit punt terughoudend moet zijn ter bescherming van de belangen van schuldeisers.<sup>26</sup> Anderzijds stelt de KNB dat er geen reden is voor terughoudendheid, omdat uit de relevante wettekst en wetsgeschiedenis duidelijk blijkt dat niet het verstrijken van de gehele verzetstermijn behoeft te worden afgewacht, zoals hiervoor nader toegelicht.<sup>27</sup> Een meerderheid van de auteurs heeft inmiddels een vergelijkbaar standpunt ingenomen als de KNB.<sup>28</sup>

Ook wij sluiten ons bij het KNB-standpunt aan om de volgende redenen. De Aangepaste Vennoetschapsrichtlijn bevat geen aanknopingspunten op grond waarvan zou moeten worden geconcludeerd dat de regeling ter bescherming van schuldeisers een blokkerende werking zou moeten hebben. Hiervan uitgaande zijn de Nederlandse wettekst en de bijbehorende wetsgeschiedenis, zoals hiervoor beschreven, bovendien duidelijk: van een potentieel blokkerende werking is slechts sprake totdat het pre-fusieattest of pre-omzettingsattest wordt afgegeven door de notaris, respectievelijk totdat de notariële splitsingsakte wordt gepasseerd. Na deze notariële handeling heeft een door crediteuren ingesteld verzet geen blokkerende werking meer. Wat ons betreft hoeft de notaris niet terughoudend te zijn bij de afgifte van een pre-verrichtingsattest of bij het passeren van een akte van grensoverschrijdende fusie of splitsing vanwege de mogelijke impact hiervan op de positie van schuldeisers. De wetgever heeft immers expliciet gekozen voor een regeling

24 Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Visie KNB voor de notariële praktijk inzake tijdstip afgeven pre-fusieattest/pre-omzettingsattest en passeren fusieakte tijdens verzetstermijn voor crediteuren bij grensoverschrijdende fusie en omzetting, 5 december 2023. De KNB geeft in de notitie aan dat haar visie door het Ministerie van Justitie en Veiligheid is bevestigd.

25 Art. 2:334l lid 3 BW.

26 Van Veen 2023.

27 Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2023; Kamerstukken II 2022/23, 36267, nr. 3, p. 87-88 (MvT).

28 Van Eck, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:333ha BW (2024); W.J. Dam & L.G. Buiten, *Over de nieuwe procedure voor de outbound grensoverschrijdende omzetting van beursvennootschappen*, TOP 2024/62; L. Rehr, *De implementatie van de Mobiliteitsrichtlijn; een update*, JBN 2023/28; Boschma & Schutte-Veenstra, in: *T&C BW*, art. 2:333ha BW (2024).



die slechts beperkt potentieel blokkerende werking heeft. Schuldeisers die verzet willen aantekenen tegen een grensoverschrijdende verrichting doen er goed aan om dit te doen in de eerste maand van de verzetstermijn, in welk geval het verzet in ieder geval blokkerende werking heeft. Schuldeisers hebben bovendien de volle drie maanden recht om te verzoeken om zekerheid. Na de afgifte van een pre-verrichtingsattest kan de rechter bovendien nog een waarborg bevelen en daaraan een dwangsom verbinden.<sup>29</sup>

Uit onze ervaring blijkt dat de rechtbanken van Amsterdam, Limburg, Midden-Nederland, Oost-Brabant, Overijssel en Rotterdam bereid zijn een akte van non-verzet af te geven na de eerste maand van de verzetstermijn. Een praktisch probleem hierbij is dat de akte van non-verzet betrekking heeft op de periode eindigend op de dag voorafgaand aan de dag van afgifte. De notaris heeft daarom geen volledige zekerheid dat onmiddellijk voorafgaand aan het verlijden van het attest of de akte geen verzet is ingesteld. De KNB heeft de suggestie gedaan om direct voorafgaand aan het passeren aanvullende telefonische bevestiging te vragen, maar voor zover zij hiervoor bij rechtbanken heeft gelobbyd is dit niet succesvol gebleken. Helaas blijken rechtbanken in de praktijk niet bereid hieraan mee te werken. Ondanks deze onzekerheid weegt wat ons betreft de ministerieplicht doorgaans zwaarder dan ambtswijgering vanwege het risico dat verzet kan worden ingesteld op of na de dag van afgifte van de akte van non-verzet, maar voor het passeren van het attest of de akte. Een behoedzaam notaris passeert evenwel het attest of de akte op de dag van afgifte van de akte van non-verzet, bij voorkeur zo vroeg mogelijk op de dag, en vermeldt het tijdstip van passeren. Een complicatie is voorts dat een enkele rechtbank, zoals de rechtbank Oost-Brabant, niet bereid is om de verklaring van non-verzet per e-mail te verzenden, maar slechts per (tijdrovende) reguliere post. Gelet op de verdere rechtsonzekerheid die dit meebrengt, zouden we verzending per e-mail willen bepleiten.

#### 4 Duits recht

Duitsland was met de implementatie van de Mobiliteitsrichtlijn een halfjaar eerder dan Nederland: op 1 maart 2023 trad het Gesetz zur Umsetzung der Unwandelungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze in werking, ook wel afgekort als UmRUG.<sup>30</sup> Het UmRUG past met name de Duitse wet aan waarin regels rond herstructurering van de Europese vennootschap (SE), Aktiengesellschaft (AG), Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) en Kommanditgesellschaft auf Aktien (KgaA) zijn opgenomen, te weten het Umwandlungsgesetz, afgekort als UmwG. De nieuwe regels over grensoverschrijdende verrichtingen zijn opgenomen in Boek 6 (Sechstes Buch) van het UmwG, in § 305 e.v.

Als onderdeel van Boek 6 UmwG zijn ook nieuwe regels voor de bescherming van schuldeisers geïmplementeerd. Daarbij vallen overeenkomsten, maar ook verschil-

<sup>29</sup> Art. 2:333ha lid 3 BW (GOF), art. 2:334l jo. art. 334rr lid 5 BW (GOS) en art. 2:335j lid 5 BW (GOO).

<sup>30</sup> Maar ook Duitsland had daarmee de implementatiedeadline van 31 januari 2023 niet gehaald.

Schuldeiserbescherming bij grensoverschrijdende verrichtingen naar het recht van Nederland, Duitsland en Spanje

len met de Nederlandse implementatie op. Evenals in Nederland hebben schuldeisers naar Duits recht de mogelijkheid om gedurende drie maanden na aankondiging van de grensoverschrijdende verrichting met een verzoekschrift bij de bevoegde rechtbank verzet aan te tekenen en aanspraak te maken op zekerheid.<sup>31</sup> Onder de oude GOF-regeling in het UmwG was deze termijn bij de outbound GOF nog twee maanden.

De ex-antebeschermt door voorafgaand om zekerheid te kunnen verzoeken, wijkt af van de gebruikelijke vennootschapsrechtelijke regels in Duitsland, waarbij pas na verwezenlijking van de verrichting door een schuldeiser om zekerheid kan worden verzocht. In Duitsland kan een schuldeiser ex post om zekerheid verzoeken in de periode van zes maanden na inschrijving van de verrichting. De schuldeiser moet daarbij kunnen aantonen dat de verrichting de nakoming van zijn vordering in gevaar brengt en zekerheid passend is.<sup>32</sup>

Wat opvalt in de Duitse literatuur is dat ex-antebeschermt tot felle kritiek heeft geleid. Habersack en Wicke zijn kritisch op de eenvoudige wijze waarop een schuldeiser ex ante verzet kan instellen, die tot een blokkade van de grensoverschrijdende verrichting leidt. Zij vragen zich af of het terecht is dat de vrijheid van vestiging hieraan ondergeschikt is gemaakt. Zij wijzen erop dat de kans op chantage door een schuldeiser navenant groot kan zijn.<sup>33</sup> Ook Schmidt stelt dat het blokkaderisico niet onaanzienlijk is.<sup>34</sup> Stelmaszczyk heeft het in dit verband zelfs over het risico van 'roofzuchtige schuldeisers' (*räuberische Gläubiger*) die vorderingen zouden kunnen overnemen met het oog op het blokkeren van een grensoverschrijdende verrichting.<sup>35</sup>

De ex-anteverzetsprocedure is van toepassing indien een Duitse vennootschap partij is bij de grensoverschrijdende verrichting, maar met beperkingen. Zo staat het verzetsrecht ter beschikking van een schuldeiser bij een outbound GOF (*Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft*). Ook geldt de Duitse verzetsprocedure bij een outbound GOS van een Duitse vennootschap waarbij een buitenlandse vennootschap wordt opgericht en bij een outbound GOO van een Duitse vennootschap.

Niet elke schuldeiser mag verzet aantekenen. Een schuldeiser is slechts gerechtigd tot verzet voor zover zijn vordering voorafgaand aan de aankondiging van het voorstel tot de grensoverschrijdende verrichting is ontstaan, maar pas na aankondiging opeisbaar is geworden. Om het risico van verzet vooraf enigszins te verkleinen is de mogelijkheid opgenomen om zekerheid voor schuldeisers aan te bieden in het richtingsvoorstel.<sup>36</sup> Een aanbod voor zekerheid is volgens de heersende leer

31 § 314 UmwG (GOF), § 328 UmwG jo. § 314 UmwG (GOS) en § 341 UmwG jo. § 314 UmwG (GOO).

32 Zie voor deze ex-postbescherming § 22 UmwG (fusie) en § 125 I 1 UmwG (splitsing).

33 Habersack/Wicke, *Umwandlungsgesetz: UmwG*, München: C.H. Beck, 3. Aufl. 2023, § 316, Rn. 33.

34 J. Schmidt, Die weitreichende Reform des Umwandlungsrechts, NJW 2023, 1245.

35 P. Stelmaszczyk, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem UmwG, DNotZ 2023, 804.

36 § 307 II 14 UmwG (GOF), § 322 II UmwG (GOS) en § 335 II 8 UmwG (GOO).

in de Duitse literatuur optioneel, maar niet verplicht.<sup>37</sup> Schuldeisers kunnen zich immers ook melden door middel van gebruikmaking van de verzetsprocedure, waarbij hun aanspraak op zekerheid geldt op grond van de wet en daarvoor geen contractuele basis nodig is die volgt uit het verrichtingsvoorstel.

De Duitse verzetsprocedure geldt niet voor de schuldeiser van een verkrijgende Duitse vennootschap bij een inbound GOF. Voor deze situatie gelden dezelfde regels voor schuldeisers die ook bij een nationale fusie of splitsing gelden, dat wil zeggen het *ex-postrecht* om binnen zes maanden na inschrijving van de GOF om zekerheid te verzoeken.<sup>38</sup>

Anders dan in Nederland is de Duitse notaris niet degene die het pre-verrichtingsattest afgeeft. De instantie die door de Duitse wetgever is aangewezen, is de rechtbank die het handelsregister houdt waarin de Duitse vennootschap is ingeschreven (Registerrechtbank). De Registerrechtbank mag het pre-verrichtingsattest pas afgeven en inschrijven in het handelsregister nadat de volledige drie maanden van de verzetstermijn zijn verstreken. Indien tijdig verzet is ingesteld tegen een outbound GOF, een outbound GOS of een outbound GOO, mag de Registerrechtbank het pre-verrichtingsattest niet afgeven en inschrijven in het handelsregister, althans niet totdat het verzet (kort gezegd) is opgeheven.<sup>39</sup> Hiermee wordt bewerkstelligd dat de schuldeiser in het oorspronkelijke land zijn zekerheid verkrijgt en dit niet in een procedure naar het recht van een andere EU/EER-lidstaat hoeft af te dwingen.<sup>40</sup>

Een verzet kan worden opgeheven ingeval (1) een schuldeiser zekerheid heeft verzocht, maar de Registerrechtbank oordeelt tot afwijzing hiervan en dit oordeel juridisch bindend wordt, (2) de gevraagde zekerheid is gesteld, of (3) het besluit waarbij de aanvraag gedeeltelijk wordt afgewezen juridisch bindend is en de in het besluit genoemde zekerheid is gesteld. De Registerrechtbank heeft de bevoegdheid om navraag te doen bij het bestuur van de vennootschap, althans het vertegenwoordigende orgaan, teneinde zich ervan te vergewissen dat de vereiste zekerheid is verleend. Het bestuur dient op passende wijze bewijs van deze zekerheid te leveren aan de Registerrechtbank.

Anders dan in Nederland kan in Duitsland aldus het pre-verrichtingsattest op zijn vroegst worden afgegeven na afloop van drie maanden na de aankondiging van de grensoverschrijdende verrichting, waarna schuldeisers geen recht meer hebben om verzet aan te tekenen. Zie tabel 2 voor een schematische weergave van de Duitse consequenties van een verzet.

37 Stelmaszczyk 2023, 752.

38 § 305 II UmwG (GOF) jo. § 22 UmwG.

39 § 316 II UmwG (GOF), § 329 jo. § 316 II UmwG (GOS) en § 343 UmwG (GOO).

40 Stelmaszczyk 2023, 822; Schmidt 2023, 1245.

Schuldeiserbescherming bij grensoverschrijdende verrichtingen naar het recht van Nederland, Duitsland en Spanje

**Tabel 2** *De consequenties van verzet in Duitsland*

	<b>Verzet aangetekend in Duitsland binnen de verzetstermijn van drie maanden</b>
Outbound GOF	Het attest kan niet worden ingeschreven totdat het ex-anteverzet is opgeheven
Outbound GOS	Het attest kan niet worden afgegeven totdat het ex-anteverzet is opgeheven
Outbound GOO	Het attest kan niet worden afgegeven totdat het ex-anteverzet is opgeheven
Inbound GOF	De Duitse ex-anteverzetsprocedure is niet van toepassing, maar de Duitse ex-postverzetsprocedure is wel van toepassing
Inbound GOS	De Duitse verzetsprocedure is niet van toepassing
Inbound GOO	De Duitse verzetsprocedure is niet van toepassing

## 5 Spaans recht

De timing van de Spaanse implementatie van de Mobiliteitsrichtlijn was precies tussen die van Nederland en Duitsland in. Op 29 juli 2023 trad het Koninklijk Wetsdecreet 5/2023 (Real Decreto-Ley 5/2023) in werking, ook wel afgekort als RDL 5/2023.<sup>41</sup> Een Koninklijk Wetsdecreet is een maatregel van de centrale Spaanse regering die in rang gelijkstaat aan een wet. Volgens art. 86 lid 1 van de Spaanse Grondwet van 1978 is een Koninklijk Wetsdecreet slechts mogelijk voor een maatregel die dringend moet worden ingevoerd en waarvoor het reguliere (en doorgaans erg trage) parlementaire proces te veel tijd in beslag zou nemen. Bovendien moet het gaan om een situatie van buitengewone noodzaak. De Spaanse regering achtte het Koninklijk Wetsdecreet gelet op de deadline voor de implementatie van de Mobiliteitsrichtlijn passend.

De RDL 5/2023 introduceert in Spanje een geheel nieuw wettelijk systeem voor herstructureringen, zowel nationaal als grensoverschrijdend. Opvallend daarbij is dat de RDL 5/2023 niet alleen bepalingen bevat betreffende omzettingen, fusies en splitsingen van vennootschappen die nationaal dan wel binnen de EER plaatsvinden, maar tevens bepalingen voor grensoverschrijdende verrichtingen die plaatsvinden met een land dat geen onderdeel uitmaakt van de EER.<sup>42</sup> In de Mobiliteitsrichtlijn zijn geen bepalingen opgenomen omtrent grensoverschrijdende verrichtingen tussen een kapitaalvennootschap naar het recht van een EER-lidstaat en een kapitaalvennootschap naar het recht van een niet-EER-lidstaat. Uiteraard bestaat voor deze aanvullende bepalingen geen deadline en kan daarom de vraag worden gesteld in hoeverre deze materie, gelet op de twee vereisten in art. 86 lid 1 van de Spaanse Grondwet, passend is voor een Koninklijk Wetsdecreet. Naar

41 C. Pérez Salgado & S. Gómez López, *Protección de acreedores y fusiones transfronterizas: retos y avances bajo el nuevo marco del Real Decreto-Ley 5/2023*, 2024 *Práctica Mercantil para Abogados*, p. 387.

42 Zie titel IV van de RDL 5/2023.

onze mening speelt Spanje met het wettelijk vastleggen van deze herstructureeringsmogelijkheden goed in op de behoefte van de internationale markt, die zich niet tot de EER beperkt. Deze ambitieuze aanpak van de Spaanse regering vormt een schril contrast met de huidige aanpak van de Nederlandse wetgever, die zich doorgaans wenst te beperken tot strikte implementatie van een richtlijn, zonder daarbij aanpalende urgente onderwerpen mee te nemen.<sup>43</sup> Daarentegen is de democratische legitimatie in het Nederlandse proces beter gewaarborgd. Nochtans zouden we een meer ambitieuze aanpak van de Nederlandse wetgever willen bepleiten.

Uiteraard maken ook in Spanje nieuwe regels ter bescherming van schuldeisers deel uit van de implementatie. Met de inwerkingtreding van de RDL 5/2023 is bij een (grensoverschrijdende) verrichting, ongeacht of het een GOO, GOF of GOS betreft, het voor ons herkenbare verzetsrecht van schuldeisers (*derecho de oposición*) vervangen door een geheel nieuw systeem ter bescherming van de schuldeisers.<sup>44</sup> Adolfo Sequeira Martín stelt dat op grond van de Mobiliteitsrichtlijn het niet noodzakelijk was om het oorspronkelijke Spaanse verzetsrecht voor schuldeisers te vervangen door nieuwe beschermingsregels, maar dat dit louter de keuze van de Spaanse wetgever is geweest.<sup>45</sup> Het nieuwe systeem ter bescherming van de schuldeisers is volgens Sequeira Martín een veel meer weloverwogen constructie van de uitoefening van het recht van de schuldeisers om adequate garanties te verkrijgen voor hun vorderingen, zonder dat dit tot gevolg heeft dat het de grensoverschrijdende verrichting verlamt.<sup>46</sup> Het nieuwe systeem ter bescherming van de schuldeisers is een heel ander systeem dan wij in Nederland of Duitsland kennen. In het nieuwe systeem komt slechts de schuldeiser in aanmerking wiens vordering is ontstaan voorafgaand aan de aankondiging (*publicación*) van het verrichtingsvoorstel, ook als deze vordering op het moment van aankondiging nog niet opeisbaar is. Indien een dergelijke schuldeiser meent dat de in het verrichtingsvoorstel geboden zekerheid ontoereikend is of als zekerheid ontbreekt, dient de schuldeiser de vennootschap daarvan in kennis te stellen. Vervolgens heeft de schuldeiser het recht om zich binnen drie maanden, te rekenen vanaf de datum van de aankondiging van het verrichtingsvoorstel, te wenden tot:

- a het handelsregister (Registrador Mercantil) voor het gebied waar de vennootschap haar zetel heeft, indien er een onafhankelijke deskundige is benoemd door het handelsregister en deze in het deskundigenverslag heeft verklaard dat de zekerheid die wordt gesteld ten behoeve van schuldeisers ontoereikend is. Het handelsregister stelt vervolgens binnen vijf dagen nadat de schuldeiser zich tot hem heeft gewend de vennootschap hiervan op de hoogte, zodat de

43 In de MvT heeft de Nederlandse wetgever hierover summier gesteld dat het toepassingsbereik van de regeling voor grensoverschrijdende verrichtingen in het wetsvoorstel net als in de richtlijn geografisch is beperkt tot de lidstaten van de EU of de EER (Kamerstukken II 2022/23, 36267, nr. 3, p. 6).

44 Pérez Salgado & Gómez López 2024, p. 389.

45 A.J. Sequeira Martín, La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 2023, núm. 171, par. I.2.

46 Sequeira Martín 2023, par. III.

- vennootschap (additionele) zekerheid kan verschaffen. Deze (additionele) zekerheid dient de vennootschap binnen vijftien dagen te bieden. Is de schuldeiser alsdan niet tevreden met de (additionele) zekerheid, dan kan hij binnen tien dagen de rechtbank verzoeken om aanvullende zekerheid;<sup>47</sup>
- b de rechtbank, indien een onafhankelijke deskundige is benoemd door het handelsregister en deze in het deskundigenverslag heeft verklaard dat de zekerheid die is gesteld voldoende is. De rechtbank zal in dit geval de procedure behandelen en het handelsregister hiervan op de hoogte stellen;<sup>48</sup>
- c het handelsregister voor het gebied waar de vennootschap haar zetel heeft, ingeval er geen onafhankelijke deskundige is aangesteld en er dus geen deskundigenverslag beschikbaar is waarin een oordeel wordt gegeven over de zekerheid voor schuldeisers, voor zover deze zekerheid is gesteld. De schuldeiser kan dan het handelsregister verzoeken om alsnog een onafhankelijke deskundige te benoemen. Een onafhankelijke deskundige zal door het handelsregister binnen vijf dagen worden benoemd en zal binnen twintig dagen na benoeming verslag moeten uitbrengen of de zekerheid die worden geboden voldoende is. Indien de geboden zekerheid naar het oordeel van de onafhankelijke deskundige onvoldoende is, dient de schuldeiser zich te richten tot het handelsregister voor het gebied waar de vennootschap haar zetel heeft en de procedure te doorlopen zoals hierboven onder a geschetst. Indien de onafhankelijke deskundige stelt dat de geboden zekerheid voldoende is, dient de schuldeiser zich te richten tot de rechtbank en de procedure te doorlopen zoals hierboven onder b geschetst.<sup>49</sup>

In tegenstelling tot de procedures in Nederland en Duitsland is het uitgangspunt van de Spaanse procedure dat het verkrijgen van zekerheid door schuldeisers zo veel mogelijk buitengerechtelijk plaatsvindt. In principe dient de schuldeiser zich in eerste instantie tot het handelsregister te wenden, zodat de vennootschap en de schuldeiser met de tussenkomst van een onafhankelijke deskundige tot overeenkomst kunnen komen.

Ten aanzien van het hierboven onder a en b genoemde deskundigenverslag dient te worden opgemerkt dat het bestuur de onafhankelijke deskundige verzoekt te beoordelen of de geboden waarborgen in het verrichtingsvoorstel voor de schuldeisers toereikend zijn of niet.<sup>50</sup> In de RDL 5/2023 is daarnaast de mogelijkheid opgenomen voor het bestuur (althans het leidinggevend orgaan) van de vennootschap om een solvabiliteitsverklaring af te geven waarin het de financiële toestand van de vennootschap schetst. De peildatum van deze verklaring dient niet ouder te zijn dan een maand voorafgaand aan de aankondiging van de solvabiliteitsverklaring. Deze solvabiliteitsverklaring bevat de verklaring van het bestuur dat het zich niet bewust is van enige reden waarom de vennootschap na het effectief worden van de grensoverschrijdende verrichting niet meer zal voldoen aan haar opeisbare

47 Art. 13.1.1.° van de RDL 5/2023.

48 Art. 13.1.2.° van de RDL 5/2023.

49 Art. 13.1.3.° van de RDL 5/2023.

50 Art. 6.3 van de RDL 5/2023.

verplichtingen.<sup>51</sup> De solvabiliteitsverklaring kan bij het verrichtingsvoorstel worden gevoegd, maar ook los beschikbaar worden gesteld. Indien de vennootschap een solvabiliteitsverklaring afgeeft, dan geldt het *iuris tantum*-vermoeden dat de zekerheid die is geboden aan de schuldeisers toereikend is.<sup>52</sup> Het is vervolgens aan de schuldeiser om in een gerechtelijke procedure dit iuris tantum-vermoeden te weerleggen.<sup>53</sup>

Naar onze mening wordt er een uitzonderlijke positie toegekend aan de solvabiliteitsverklaring door aan deze verklaring de status te geven van het weerlegbare vermoeden dat de zekerheid die geboden wordt aan de schuldeisers toereikend is. Indien de schuldeiser dit vermoeden wil weerleggen, dient hij hiervoor de procedure voor de rechtbank te doorlopen. Dit terwijl de solvabiliteitsverklaring een verklaring is van het bestuur die niet noodzakelijkerwijs is gebaseerd op onderzoek van een onafhankelijke deskundige. Gelet op de hiervoor genoemde bedoeling van de Spaanse wetgever om het verkrijgen van zekerheid door schuldeisers zo veel mogelijk buitengerechtelijk te laten plaatsvinden, lijkt daarnaast de directe stap naar de rechtbank minder passend.

Hiervoor gaven wij aan dat de RDL 5/2023 de mogelijkheid biedt aan het bestuur van de vennootschap om een solvabiliteitsverklaring af te geven. Dit impliceert dat het geen verplichting is. Pérez Salgado en Gómez López stellen dat dit door het handelsregister van Barcelona echter wel als een verplichting van het bestuur wordt geïnterpreteerd indien het verrichtingsvoorstel geen waarborgen bevat voor vorderingen van schuldeisers. Zij zijn het niet eens met deze lezing van het handelsregister van Barcelona en menen dat het tot de autonomie van het bestuur behoort om te bepalen of het een solvabiliteitsverklaring afgeeft of niet. Pérez Salgado en Gómez López baseren zich hierbij op het woord '*podrá*' (in het Nederlands: je kunt) in art. 15.1 van de RDL 5/2023.<sup>54</sup>

Een opvallend verschil met de Nederlandse en Duitse schuldeisersbescherming is dat de Spaanse schuldeisersbescherming niet in de weg staat aan de effectuering van een GOF, GOS of GOO. Ondanks een lopende schuldeisersprocedure kan de grensoverschrijdende verrichting worden geëffectueerd en ingeschreven in het handelsregister in Spanje.<sup>55</sup> De procedure voor de grensoverschrijdende verrichting gaat vanuit Spaanse optiek gewoon door en wordt niet een halt toegeroepen indien een schuldeiser ergens in de periode van drie maanden de rechten uitoefent zoals hierboven geschetst. Zie tabel 3 voor een schematische weergave van de consequenties van de nieuwe regels ter bescherming van schuldeisers in Spanje.

51 Art. 15.1 van de RDL 5/2023.

52 Art. 14.1 van de RDL 5/2023.

53 Sequira Martín 2023, par 2.1.

54 Pérez Salgado & Gómez López 2024, p. 393-394.

55 Art. 13.3 van de RDL 5/2023.

Schuldeiserbescherming bij grensoverschrijdende verrichtingen naar het recht van Nederland, Duitsland en Spanje

**Tabel 3** *De consequenties van de nieuwe regels ter bescherming van schuldeisers in Spanje*

	<b>Schuldeisers die gebruik maken van de nieuwe regels ter bescherming binnen drie maanden na aankondiging</b>
Outbound GOF	Pre-verrichtingscertificaat wordt door het handelsregister afgegeven
Outbound GOS	Pre-verrichtingscertificaat wordt door het handelsregister afgegeven
Outbound GOO	Pre-verrichtingscertificaat wordt door het handelsregister afgegeven
Inbound GOF	Kan worden geregistreerd bij het handelsregister in Spanje
Inbound GOS	Niet mogelijk om gebruik te maken van de nieuwe regels ter bescherming van schuldeisers, want er is geen schuldeiser met een vordering die is ontstaan voorafgaand aan de aankondiging
Inbound GOO	Niet mogelijk om gebruik te maken van de nieuwe regels ter bescherming van schuldeisers, want er is geen schuldeiser met een vordering die is ontstaan voorafgaand aan de aankondiging

Anders dan in Nederland en Duitsland is niet de notaris respectievelijk de Registerrechtbank de bevoegde instantie die het pre-verrichtingsattest afgeeft. De Spaanse wetgever heeft het handelsregister voor het gebied waar de vennootschap haar zetel heeft aangewezen als de bevoegde instantie voor het afgeven van het pre-verrichtingsattest.<sup>56</sup> Het handelsregister dient binnen drie maanden nadat de vennootschap hieromtrent heeft verzocht het pre-verrichtingsattest af te geven.<sup>57</sup> De vennootschap kan hieromtrent verzoeken wanneer zij onder meer het besluit van de algemene vergadering tot de grensoverschrijdende verrichting in de vorm van een openbare akte aanlevert.<sup>58</sup> De algemene vergadering kan een dergelijk besluit pas nemen nadat (1) (indien van toepassing) de toelichting van het bestuur ten minste zes weken ter inzage heeft gelegen voor de aandeelhouders en werknemers<sup>59</sup> en (2) ten minste vier weken zijn verstreken sinds de aankondiging van het verrichtingsvoorstel.<sup>60</sup>

In afwijking van de Duitse regeling, maar in lijn met de Nederlandse regeling, kan het pre-verrichtingsattest aldus worden afgegeven binnen de drie maanden waarin de schuldeisers hun rechten kunnen uitoefenen, zoals hierboven geschetst. Een groot verschil met de Nederlandse regeling is dat het Spaanse handelsregister ook

56 Art. 90.1 van de RDL 5/2023.

57 Art. 90.4 van de RDL 5/2023.

58 Art. 90.2 van de RDL 5/2023.

59 Art. 5.5 van de RDL 5/2023.

60 Art. 7 van de RDL 5/2023.



een pre-verrichtingsattest kan afgeven als een schuldeisersprocedure al loopt. Indien een schuldeisersprocedure is aangevangen, dient het handelsregister hiervan melding te doen in het pre-verrichtingsattest.<sup>61</sup>

## 6 Tot slot

Hoewel de Mobiliteitsrichtlijn met een aanzienlijk aantal regels een uitgebreid kader schept voor grensoverschrijdende verrichtingen, blijken er bij vergelijking van de implementatie hiervan in Nederland, Duitsland en Spanje aanzienlijke verschillen te zijn. De meest tijdrovende schuldeisersprocedure is in het Duitse recht te vinden. Een pre-verrichtingsattest bij een outbound GOF, GOS en GOO kan daar pas worden afgegeven na afloop van drie maanden na aankondiging van de grensoverschrijdende verrichting. Daarentegen geldt bij een inbound GOF conform het Duitse recht slechts ex-postbescherming voor schuldeisers.

In het Spaanse systeem vindt schuldeisersbescherming zo veel mogelijk buitengerechtelijk plaats. Het bestuur kan een solvabiliteitsverklaring afgeven, waarbij het weerlegbare bewijsvermoeden geldt dat voldoende zekerheid wordt geboden aan schuldeisers. Onduidelijk is of deze solvabiliteitsverklaring in alle gevallen verplicht is. In het Spaanse systeem is er nadrukkelijk voor gekozen dat de schuldeisersbescherming geen potentieel blokkerende werking heeft voor de afgifte van het pre-verrichtingsattest.

Naar Nederlands recht kan het pre-verrichtingsattest op zijn vroegst worden afgegeven na afloop van een maand na de aankondiging van de grensoverschrijdende verrichting, terwijl schuldeisers dan nog twee maanden hebben om verzet aan te tekenen. De Aangepaste Vennootschapsrichtlijn bevat geen aanknopingspunten op grond waarvan zou moeten worden geconcludeerd dat de regeling ter bescherming van schuldeisers een verdergaande blokkerende werking zou moeten hebben. Wat ons betreft hoeft de Nederlandse notaris daarom niet terughoudend te zijn bij de afgifte van een pre-verrichtingsattest of bij het passeren van een akte van grensoverschrijdende fusie of splitsing na afloop van genoemde maand. De wetgever heeft expliciet gekozen voor een regeling die slechts beperkt potentieel blokkerende werking heeft. Een knelpunt vormt het risico op een verzet met blokkerende werking tussen de afgifte van de verklaring van non-verzet en het verlijden van het attest of de akte. Slechts ten dele kan een notaris dit risico mitigeren door de tijd hiertussen zo kort mogelijk te laten duren. De wetgever zou dit risico weg kunnen nemen door te bepalen dat het verzet slechts in de eerste maand na aankondiging blokkerende werking heeft.

61 Art. 87.1 van de RDL 5/2023.