

Vergaderjaar 2006–2007

**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)**

**Nr. 7**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 8 mei 2007

Met belangstelling nam ik kennis van de vragen en opmerkingen van de fracties die aan het verslag hebben bijgedragen. Met de grensoverschrijdende fusie wordt ondernemingen in Nederland een instrument aangereikt voor herstructurerings- en verdere samenwerking dat overal in de Europese Unie wordt erkend en waarbij tevens is voorzien in een regeling die werknemers beschermt tegen onevenredig verlies van medezeggenschap. Zoals door de leden van de fracties van het CDA, de PvdA en de VVD in herinnering wordt gebracht, wordt daarmee ook een verdere stap gezet op weg naar de voltooiing van de Lissabon-agenda. Ik dank de leden van de fracties die aan het verslag hebben bijgedragen voor hun steun.

### **Algemeen**

#### *Inleiding en toepassingsbereik*

Verschiedende fracties vragen in het verslag aandacht voor het toepassingsbereik van de regeling en de verhouding met het arrest van 13 december 2005 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen inzake SEVIC Systems AG (C-411/03 [2005] ECR I-10805, hierna: SEVIC). De leden van de fractie van het CDA vroegen of in gevallen waarop de richtlijn niet ziet, wederzijdse erkenning als uitgangspunt moet worden gehanteerd, zoals de Adviescommissie Vennootschapsrecht stelt. Deze leden vroegen of een grensoverschrijdende fusie of splitsing (ook) mogelijk is zonder het wetsvoorstel, gelet op de artikelen 43 en 48 van het EG Verdrag en verzochten daarbij de uitspraak van de Amsterdamse kantonrechter van 29 januari 2007 te betrekken.

Gelet op de artikelen 2 en 3 lid 2 van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L 310, hierna: de richtlijn) zijn de voorschriften van de richtlijn van toepassing op kapitaalvennootschappen en, ter keuze van de lidstaten, coöperatieve vennootschappen met een met kapitaalvennootschappen vergelijkbare financieringsstructuur. Andere vormen van grensoverschrijdende fusie of grensoverschrijdende splitsing worden door de richtlijn niet geregeld en zijn mogelijk indien de rechtshandeling erkend wordt door de wetgeving van de landen waar de fuserende vennootschappen gevestigd zijn. Juridische fusie in een vorm die niet in de richtlijn wordt genoemd, zoals de

«Nederlandse» driehoeksfusie, is bijvoorbeeld mogelijk voor zover het land waar de niet-Nederlandse fuserende vennootschappen zijn gevestigd, deze vorm kent of tenminste erkent, dat wil zeggen, toestaat dat bij de fusie het vermogen van de verdwijnende vennootschappen overgaat op de verkrijgende vennootschap maar de aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap aandeelhouder worden van een groepsmaatschappij van de verkrijger. De erkenning kan aan bepaalde voorschriften gebonden zijn. Als het nationale recht bijvoorbeeld eist dat de verkrijgende vennootschap «dezelfde» rechtsvorm heeft als de verdwijnende vennootschap, moet uit wet of jurisprudentie ook blijken welke rechtspersonen naar het recht van andere landen voor de toepassing van die regel worden beschouwd als «dezelfde». Een erkenningsregeling kan zijn gebaseerd op een keuze van het betreffende land of voortkomen uit een internationale of Europese verplichting.

Beantwoording van de vraag of een grensoverschrijdende fusie van andere rechtspersonen of een grensoverschrijdende splitsing rechtstreeks mogelijk is op basis van de artikelen 43 en 48 EG-verdrag vergt een uitleg van deze artikelen. Deze uitleg is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. De reikwijdte van de artikelen 43 en 48 in relatie tot het rechtspersonenrecht is voorwerp (geweest) van een reeks van Hofprocedures. In het SEVIC arrest oordeelde het Hof dat de weigering om een fusie in te schrijven omdat het ontbinding en vermogensovergang van een Luxemburgse vennootschap betreft, niet toegelaten is gelet op de artikelen 43 en 48 EG-verdrag. Het Hof benadrukt steeds dat een vennootschap die de voorschriften van het land van de statutaire zetel (het «zetelland») naleeft, in een andere lidstaat niet mag worden onderworpen aan aanvullende bepalingen, tenzij om redenen van algemeen belang. Indien ontbinding en vermogensovergang naar het recht van het zetelland (Luxemburg) kan worden afgewikkeld en rechtsgeldig is, mag de Duitse wet dus geen aanvullende eisen stellen of bepalen dat de rechtshandeling naar Duits recht niet is voltooid omdat niet is voldaan aan een eis die de Duitse wet stelt aan Duitse vennootschappen. Een lidstaat mag evenmin eisen dat een vennootschap opgericht naar het recht van een lidstaat en werkzaam in een andere lidstaat zijn feitelijke zetel verplaatst naar die lidstaat als het recht van het zetelland daartoe niet dwingt (zaak C-208/00 Ueberseerung [2002] ECR I-9919). Maar dat is niet hetzelfde als het recht van de vennootschap om zich met een beroep op vrije vestiging aan de nationale regels te onttrekken (zaak C81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483). Zolang het recht van het zetelland de voor de rechtshandeling te vervullen criteria voltooid acht en die rechtshandelingen zich binnen de rechtssfeer van het zetelland bevinden, levert dat ook in de praktische uitvoering geen grote problemen op. Bezien wij in dit licht de zaak bij de kantonrechter te Amsterdam, dan is de relevante vraag vooral of een notariële fusieakte kan worden gepasseerd op de voet van artikel 2:318 BW indien de fuserende rechtspersonen niet voldoen aan het bepaalde in artikel 2:310 lid 1 BW. Inschrijving is bij ons geen constitutief vereiste voor de voltooiing van een fusie. Die vraag lag evenwel niet voor. Ik meen dat het arrest SEVIC in deze ontwikkeling geplaatst moet worden en derhalve geen rechtstreeks recht op bijvoorbeeld splitsing inhoudt. Zou men het arrest op een andere wijze lezen, dan laat dat nog veel vragen open, bijvoorbeeld over de werkwijze die voor fusie tussen andere rechtspersonen zou moeten worden gevolgd. Opgemerkt wordt dat de Duitse federale wetgever het arrest blijkbaar eveneens op deze wijze leest, want de wetgever heeft, zoals zij zelf aangeeft ter uitvoering van de verplichtingen uit het arrest SEVIC (een zaak gewezen tegen het oordeel van een Duits *Amtsgericht*), een regeling ingevoerd die voor het toepassingsbereik van grensoverschrijdende juridische fusies in de zin van de richtlijn kiest voor kapitaalvennootschappen. Ook de gecombineerde commissie vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: de gecombineerde

commissie) ondersteunt de visie dat in het licht van het SEVIC arrest op dit moment geen regeling wordt gegeven voor juridische fusie tussen andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen.

Bij haar uitleg van het arrest SEVIC heeft de commissie vennootschapsrecht aangegeven dat als de lidstaat van een verdwijnende vennootschap de ontbinding en vermogensovergang onder algemene titel van haar eigen vennootschap rechtsgeldig acht, de lidstaat van de verkrijgende vennootschap daartegen geen bezwaar kan maken, tenzij om redenen van algemeen belang. De leden van de fractie van het CDA vroegen of ook een algemeen belang of nationaal belang kan worden beschouwd als een dwingende reden om niet mee te werken aan een grensoverschrijdende fusie, en of daarvan voorbeelden kunnen worden gegeven.

Ook deze vraag zal uiteindelijk beantwoord moeten worden door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. In bestaande jurisprudentie noemt het Hof naast de al door de leden van de fractie van het CDA genoemde redenen verband houdend met de belangen van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers ook het behoud van de effectiviteit van de fiscale wetgeving en de bescherming van het handelsverkeer als redenen die onder bepaalde voorwaarden een beperking kunnen rechtvaardigen. Zie daarvoor de eerder genoemde zaak C-208/00 Ueberseering, [2002] ECR I-9919 en de zaak C-167/01 Inspire Art, [2003] ECR I-10155.

De leden van de fractie van het CDA hadden begrip voor de keuze om het toepassingsbereik van de regeling niet uit te breiden gelet op de verschillen in nationale voorschriften. Zij vroegen evenwel of Nederland niet in een nadeliger concurrentiepositie komt door voor bijvoorbeeld coöperaties geen voorziening te creëren, terwijl in Duitsland reeds is voorzien in een ruim instrumentarium voor fusie, splitsing en omzetting van o.a. personenvennootschappen. Met deze vraag houdt verband de vraag van de fracties van het CDA en de VVD naar de mogelijkheid om ter gelegenheid van dit wetsvoorstel een aantal knelpunten in de nationale wetgeving op te lossen, zoals Duitsland heeft gedaan in het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn (zie *Drucksache* 16/2919 van 12 oktober 2006 en 16/4193 van 31 januari 2007).

Behoud en zo mogelijk verbetering van de concurrentiepositie van Nederland, ook waar het ondernemingsrecht in brede zin betreft, blijft een speerpunt van het wetgevingsbeleid. Maar omdat de Duitse wet inzake grensoverschrijdende fusies in para. 122b UmwG de rechtsfiguur grensoverschrijdende fusie tot kapitaalvennootschappen in de zin van de richtlijn beperkt en *Genossenschaften* op grond van het tweede lid van dat artikel uitzondert van het toepassingsbereik, is het gevaar van directe concurrentie op dit punt geweken. Anders dan Duitsland heb ik verder gekozen dit wetsvoorstel te beperken tot de verplichtingen voortvloeiende uit de richtlijn, zulks gelet op Aanwijzing voor de regelgeving nr. 337 en de wens om, gegeven de behoefte van de praktijk aan een regeling voor grensoverschrijdende fusies voor nv en bv, de wet zo spoedig mogelijk in werking te kunnen laten treden. In het kader van het nader voorlopig verslag van de Eerste Kamer bij het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het BW (Kamerstukken I, 2006/07, 28 746 D) zal de vraag naar uitbreiding van de regeling voor fusie en splitsing verder aan de orde komen. Opgemerkt zij dat de overeenstemming rond de richtlijn de Europese Commissie er toe heeft gebracht om ook ten aanzien van de regels voor nationale fusie en splitsing (richtlijnen nr. 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978, PbEG L 295, hierna: Derde richtlijn en nr. 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982, PbEG L 378, Zesde richtlijn) enige versoepelingen aan te brengen. Een daartoe strekkend richtlijnvoorstel is op 6 maart 2007 gepubliceerd (COM (2007) 91 final).

De leden van de fractie van de PvdA vroegen wat er gebeurt als een Nederlands bedrijf dat is gefuseerd tot een Britse rechtspersoon met

behoud van de Nederlandse medezeggenschap opnieuw fuseert of overgenomen wordt door een buiten Europa gevestigd bedrijf en hoe lang de medezeggenschapsrechten gewaarborgd zijn.

In het door de leden van de PvdA fractie gegeven voorbeeld zal op basis van het recht van het Verenigd Koninkrijk (waaronder dan ook de regels ter implementatie van deze richtlijn) opnieuw vastgesteld moeten worden of en zo ja welke rechtspersoonlijke medezeggenschap in de nieuwe vennootschap gaat gelden. Dat hangt van een groot aantal factoren af, waaronder de juridische vorm die de samenwerking krijgt. Bij een overname komen de aandelen in de Engelse vennootschap in handen van een derde. De Engelse vennootschap wordt dan een dochtermaatschappij, maar dat verandert op zichzelf niets aan de rechtsvorm van deze vennootschap of de eventueel daarin verankerde medezeggenschap. Een juridische fusie met een vennootschap naar het recht van een derde land wordt door de richtlijn niet bestreken. Of zo'n fusie mogelijk is en welke voorwaarden daarvoor gelden, wordt in het door de leden van de fractie van de PvdA gegeven voorbeeld bepaald door het Engelse recht en het recht van het land van vestiging van de verkrijgende vennootschap.

Daarnaast vroegen de leden van de fractie van de PvdA of de positie van de werknemers in alle landen gelijk is bij een grensoverschrijdende fusie. Zij stelden dezelfde vraag met betrekking tot de minderheidsaandeelhouders; deze laatste vraag wordt beantwoord bij de bespreking van het voorgestelde artikel 333h.

De richtlijn is bepalend voor de positie van de werknemers in het kader van een juridische fusie en omdat alle EU lidstaten de richtlijn implementeren zal het uitgangspunt voor de werknemers in deze gelijk zijn. Wel zullen er verschillen zitten in de vorm waarin de rechten van de werknemers tot uiting kunnen komen. In Nederland is er de Wet op de ondernemingsraden (WOR) waardoor bij de vormgeving van de bijzondere onderhandelingsgroep de ondernemingsraad een rol kan spelen. In landen waar geen traditie van georganiseerde medezeggenschap bestaat, zal sprake zijn van een voor dat doel gekozen delegatie van werknemers in de bijzondere onderhandelingsgroep.

De leden van de fractie van de VVD vroegen in te gaan op een aantal knelpunten die zijn aangewezen door de gecombineerde commissie. Deze leden wilden weten in hoeverre het gewenst wordt geacht om ook fusies met kapitaalvennootschappen buiten de EU te vergemakkelijken.

Uitbreiding van het toepassingsbereik van deze regeling tot niet-EU vennootschappen stuit op dezelfde grenzen als uitbreiding van dat bereik tot niet-kapitaalvennootschappen: het onderliggende recht is niet geharmoniseerd én de voorschriften van de Derde richtlijn gelden niet. De regeling voor de grensoverschrijdende fusie steunt op de wetenschap dat een fusie van kapitaalvennootschappen in de Europese Unie op een bepaalde wijze wordt afgewikkeld: er is een fusievoorstel met een bepaalde inhoud, er zijn voorschriften rond publicatieverplichtingen en schuldeiserbescherming, etc.. Bij fusie met een vennootschap uit een derde land zou deze vennootschap de eigen fusieregels moeten volgen, maar dat derde land hoeft geen regels te kennen voor het opstellen van het fusievoorstel en wellicht is de in de richtlijn voorgeschreven controle door (bij ons) de notarissen onbekend. Het eenzijdig opstellen van regels voor de gang van zaken en erkenning van een juridische fusie met vennootschappen naar het recht van een derde land acht ik om die redenen niet opportuun. Dat hoeft overigens geen beletsel te zijn voor dergelijke samenwerking. Men kan de figuur van de aandelenfusie benutten (denk aan het samengaan van de New York Stock Exchange en Euronext). Ook het opzetten van een dochtervennootschap in een van de EU-lidstaten en vervolgens een grensoverschrijdende fusie met die dochter is denkbaar.

De leden van de fractie van de VVD vroegen naar de mogelijkheid om de publicatieverplichtingen in een landelijk dagblad op te heffen. Deze leden

en de leden van de fractie van het CDA vroegen terecht aandacht voor een aantal discrepanties in de regels voor de publicatie. De voorgestelde tekst is gewijzigd; men zie hierover de toelichting op artikel 333 e.

De leden van de fractie van de VVD vroegen naar de wenselijkheid om het ingangstijdstip voor de fusie voor grensoverschrijdende en nationale fusies gelijk te trekken. Ook de leden van de fractie van het CDA vroegen aandacht voor de ingangsdatum.

Zoals ook in het commentaar van de gecombineerde commissie en van VNO-NCW naar voren komt, bevat de richtlijn over het tijdstip van de inwerkingtreding van de fusie geen materiële bepaling, maar draagt artikel 12 de lidstaten op een tijdstip te bepalen. Ook in de wetgeving van andere landen moet dus een tijdstip worden genoemd. Het wijzigen van het tijdstip naar Nederlands recht lost dit probleem niet op, omdat de richtlijn andere landen niet verplicht om eveneens de keuze voor dat andere tijdstip te maken. Aan het maken van een andere keuze kunnen nadelen verbonden zijn, zoals de vraag of bij een ander ingangstijdstip de alsdan in te schakelen autoriteit is toegerust om de controles uit te voeren die door de richtlijn in artikel 10 zijn voorgeschreven. Ik voel dus niet voor een wijziging van de Nederlandse bepaling. Wel geven de commentaren aanleiding om de regeling te verduidelijken in die zin dat het recht van het land van vestiging van de verkrijgende vennootschap ook de wijze bepaalt waarop de fusie van kracht wordt. Men zie de toelichting bij de voorgestelde wijziging van artikel 333i.

De leden van de fractie van de VVD vroegen een standpunt omtrent het tweetalig deponeren van het fusievoorstel.

Alle belanghebbenden, waaronder aandeelhouders, schuldeisers en de werknemers(-vertegenwoordigers) moeten van het voorstel kennis kunnen nemen. Het voorstel kan ook in rechte een rol spelen, bijvoorbeeld in een verzetprocedure van schuldeisers op grond van artikel 2:316 BW, en is van belang bij het toezicht door De Nederlandsche Bank of de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Binnen een vennootschap naar Nederlands recht moet kunnen worden besloten op basis van in het Nederlands gestelde stukken. Ik voel dus niet voor de gedachte dat een fusievoorstel in plaats van in het Nederlands in een andere taal kan worden opgesteld. Maar omdat bij grensoverschrijdende fusie ook een buitenlandse vennootschap betrokken is, zal het fusievoorstel in ieder geval tevens in de taal van de andere fuserende vennootschap beschikbaar zijn. Het staat de fuserende vennootschappen eveneens vrij om meer vertalingen of werkversies van het fusievoorstel beschikbaar te stellen en desgewenst te deponeren bij het Handelsregister. Voor een statutenwijziging is die regel niet anders, ook als een belangrijk deel van de aandeelhouders het Nederlands niet machtig is en zich baseert op een door de vennootschap aangeleverde vertaling van de voorgestelde statuten. Omgekeerd geldt voor vennootschappen naar buitenlands recht dat soms, gelet op de samenstelling van de algemene vergadering, een agenda in het Nederlands wordt gepubliceerd. De vennootschap naar buitenlands recht kan dan vermelden dat bij eventuele verschillen tussen de Nederlandse en de Engelse tekst de Engelse tekst prevaleert. De praktijk kan hiermee dus goed uit de voeten.

#### *Verhouding met de regeling overnamebiedingen*

De leden van de fracties van het CDA en de VVD vroegen hoe deze richtlijn zich verhoudt tot de overnamerichtlijn (Richtlijn nr. 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod, PbEU L 142). Deze leden wilden in het bijzonder weten of met deze richtlijn een mogelijkheid is geschapen de overnamerichtlijn te omzeilen.

De richtlijn overnamebiedingen heeft betrekking op een andere vorm van samenwerking: de aandelenfusie. Of ondernemingen kiezen voor een aandelen- dan wel juridische fusie is afhankelijk van de omstandigheden

van het geval. De positie van aandeelhouders is ook zeer verschillend. Bij een aandelenfusie wordt het oordeel van de individuele aandeelhouder gevraagd over het bod, waarbij in ruil geld of andere aandelen kunnen worden aangeboden. Dat behoeven geen aandelen in de overnemende partij te zijn. Bij een juridische fusie moeten de algemene vergaderingen van aandeelhouders instemmen met een meerderheid die ook vereist is voor wijziging van de statuten en worden de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap.

Geen keuzemogelijkheid bestaat als de aandeelhouder op grond van de overnamerichtlijn bij overwegende zeggenschap een openbaar bod uit moet brengen. (Kamerstukken I, 2006/07, 30 419, A). Denkbaar is dat als gevolg van het openbaar bod door de bieder een belang van meer dan 95% wordt verworven. Deze bieder heeft op grond van het voorgestelde artikel 359c lid 1 het recht om de resterende aandeelhouders te dwingen hun aandelen over te dragen. Het voorgestelde artikel 359c bevat een recht voor de bieder, geen verplichting; hij kan ook kiezen voor een fusie en na aanvaarding van dit wetsvoorstel kan hij kiezen voor een grensoverschrijdende fusie. De na het bod resterende minderheid ondervindt hiervan geen onevenredig nadeel. Men wordt aandeelhouder van een verkrijgende vennootschap naar Nederlands recht en kan in dat kader eventueel rechtsmiddelen instellen tegen het fusievoornemen. De recente jurisprudentie kent daarvan ook wel voorbeelden. Indien door de bieder gebruik wordt gemaakt van een buitenlandse verkrijgende vennootschap, dan wel indien het gaat om een buitenlandse bieder, kan de minderheid een beroep doen op het in artikel 333h voorgestelde uittreedrecht.

Nadat een openbaar bod gestand is gedaan, kan de minderheidsaandeelhouder de bieder ook dwingen om de aandelen over te nemen op basis van het voorgestelde artikel 359d. Dit recht heeft de minderheidsaandeelhouder zodra de voorwaarden van artikel 359d zijn vervuld en de bieder kan een uittreedvordering niet ontwijken door snel een fusievoorstel te doen en in dat kader een schadeloosstelling aan te bieden. Een minderheidsaandeelhouder die alsnog wil uittreden, heeft overigens wellicht meer voordeel van de na-aanmeldtermijn die op een bod pleegt te volgen. Hij biedt dan zijn aandelen alsnog tegen de biedingvoorwaarden aan. Dat bespaart hem een procedure op basis van artikel 359d.

#### *Uitvoering van de richtlijn*

De leden van de fractie van het CDA waren tevreden over de wijze waarop de richtlijn is omgezet, maar vroegen waarom ervan afgezien is om een hogere bijbetaling dan 10% mogelijk te maken, mede gelet op het voorgestelde artikel 333h.

De richtlijn verplicht niet tot rechtstreekse invoering van een grensoverschrijdende fusie waarbij voor alle aandeelhouders van alle fusierende vennootschappen een bijbetalen van meer dan 10% worden toegestaan. De achtergrond van artikel 3 lid 1 is de Derde richtlijn, waar een fusie met een bijbetaling van meer dan 10% niet als fusie wordt beschouwd, maar als een «met fusie gelijkgestelde rechtshandeling» (artikel 30 Derde richtlijn). De aanvulling is tot stand gekomen op verzoek van Finland en Zweden om te bewerkstelligen dat een Finse vennootschap de richtlijnvoorschriften kan gebruiken voor een fusie met een Zweedse vennootschap met behoud van de in beide landen bestaande ruimere bijbetalingsregeling. De richtlijn bepaalt niet dat deze ruimere betaling de materiële regel moet worden voor iedere grensoverschrijdende fusie.

De – op grond van de Derde richtlijn overigens niet verplichte – bepaling in artikel 2:325 lid 1 jo artikel 311 lid 2 BW over de bijbetaling van hooguit 10% is bedoeld voor die gevallen waarin de ruilverhouding van de aandelen er toe leidt dat zeer kleine aandeelhouders geen recht hebben op één enkel aandeel in de verkrijgende vennootschap. De algemene regel is dus «aandeel voor aandeel» zonder vermindering van het totale kapitaal



en de bijbetaling is er voor de afrondingsverschillen. In Nederland is van een hogere bijbetaling destijds afgezien uit oogpunt van afbakening van de rechtsfiguur fusie ten opzichte van bijvoorbeeld het openbaar bod en de uitkoopregeling, die beiden met eigen waarborgen omgeven zijn. Die redenering geldt nog steeds. Zie ik het goed, dan adviseert de Commissie vennootschapsrecht evenmin om voor alle gevallen een hogere bijbetaling mogelijk te maken. Wel erkent de Commissie dat de voorgestelde uittreedregeling van minderheidsaandeelhouders er al met al toe kan leiden dat met de (terug)betaling aan aandeelhouders een bedrag is gemoeid dat hoger ligt dan 10% van de nominale waarde van het kapitaal van de verkrijgende vennootschap. Dat is niet zo vreemd nu het eigenlijk gaat om een vorm van kapitaalvermindering. Men zie ook de toelichting op artikel 333h. Omdat het strikt gesproken niet gaat om een recht *krachtens* de ruilverhouding, beperkt artikel 2:325 BW ook niet de schadeloosstelling die is toegestaan op grond van artikel 333h, zo kan ik de leden van de fractie van het CDA bevestigen. Die regeling kent zijn eigen grenzen; men zie de toelichting op het (gewijzigde) artikel.

#### *Werknemersmedezeggenschap*

De leden van de fractie van het CDA zijn positief over de in het wetsvoorstel opgenomen mogelijkheid dat partijen er voor kunnen kiezen om het resultaat van de onderhandelingen over de medezeggenschap vast te leggen in de statuten dan wel de referentievoorschriften rechtstreeks toe te passen. Deze leden zagen hierin een mogelijkheid om te voorkomen dat van een fusie moet worden afgezien vanwege de medezeggenschap. Deze leden vroegen of ik de kans groot acht dat van een juridische fusie wordt afgezien gelet op de medezeggenschapsregeling en verzochten mij de effecten nauwlettend te volgen.

Met de richtlijn en de implementatie daarvan in het wetsvoorstel is naar mijn overtuiging een evenwichtige balans geschapen tussen enerzijds een flexibele regeling voor grensoverschrijdende fusies binnen de dynamische Europese economie en anderzijds de waarborg van de belangen van werknemers op het terrein van de medezeggenschap. Bij de onderhandelingen over de richtlijn kon worden geprofiteerd van de eerste ervaringen met de omzetting van het statuut voor de Europese Vennootschap dat in 2001 tot stand gekomen was. Mede gelet op deze aanpassingen acht ik de kans op problemen niet erg groot, zo kan ik de leden van de fractie van het CDA antwoorden. Voor een deel komt dat omdat de regeling vooral interessant zal zijn voor herstructurering in concernverband, zoals fusies tussen kleine buitenlandse dochters waarbij geen werknemers betrokken hoeven te zijn. Maar ook bij fusies tussen grote vennootschappen zijn de voorschriften van het voorgestelde artikel 333k geen barrière. Het onderhandelen over de structuur van de verkrijgende vennootschap is juist in de Nederlandse verhoudingen een bekend fenomeen. Het is bij ons goed gebruik dat bij een voorgenomen samenwerking wordt overlegd met de werknemersvertegenwoordigingen en de vakbonden. De regelingen in de Wet op de ondernemingsraden en de SER fusiecode zijn daarvan bekende uitwerkingen. Nederlandse werknemersvertegenwoordigers zijn in dat opzicht ook goed toegerust. In concernverhoudingen is het overleg met een centrale ondernemingsraad over strategische beleidsmatige zaken van een hoog en zeer professioneel niveau.

De leden van de fractie van de SP hadden een aantal vragen over de medezeggenschap. Deze leden vroegen zich af of de in het wetsvoorstel opgenomen mogelijkheid dat bestuur en werknemers onderhandelen over wenselijkheid en vorm van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap niet altijd al mogelijk was bij fusies met buitenlandse partners. Tot de implementatie van deze richtlijn kan grensoverschrijdende samenwerking de vorm aannemen van een bedrijfs- of vaker nog een aandelenfusie. Bij een internationale aandelenfusie worden de aandelen in een

vennootschap overgenomen door een buitenlandse partner. Voor de rechtspersonenrechtelijke structuur én voor de daarin eventueel veranderde medezeggenschap heeft het nieuwe aandeelhouderschap in beginsel geen gevolgen. Onderhandelingen zijn dan niet nodig. Dat kan anders zijn als het de overname van een structuurvennootschap betreft en de vennootschap een beroep kan gaan doen op een vrijstelling (artikel 2:153/263 BW) of het verzwaakte regime kan gaan toepassen (artikel 2:155/155a en 265/265a BW). Inderdaad pleegt in dergelijke gevallen met de werknemersvertegenwoordigers onderhandeld te worden over behoud van een goed niveau van medezeggenschap. Denkbaar is dat een overgenomen dochter vrijwillig het volledige structuurregime aanvaardt, of dat bijzondere afspraken worden gemaakt over de benoeming van de leden van de raad van commissarissen op grond van artikel 2:158/268 lid 12 BW. De richtlijn introduceert regels voor een nieuwe wijze van samenwerken, de juridische fusie. Bij deze fusie met een buitenlandse partner kan er wél sprake zijn van een wijziging in de vennootschappelijke structuur. Dan dreigt het gevaar van verlies aan medezeggenschap. Daarom bevatten richtlijn en wetsvoorstel bepalingen die de onderhandelingen, uitkomsten van de onderhandelingen en zelfs het mislukken van de onderhandelingen betreffen. Ook is opgenomen wat de gevolgen zijn van het afwijzen van onderhandelingsresultaten door de algemene vergadering van aandeelhouders. De verbeterde mogelijkheden om samen te werken gaan daarmee niet ten koste van die medezeggenschap.

De leden van de SP-fractie gingen vervolgens in op de onderhandelingen tussen werknemers en bestuur. Zij vragen zich daarbij af welke middelen de werknemers hebben indien de onderhandelingen voor hen ongunstig verlopen en hun medezeggenschap wordt ingeperkt.

De onderhandelingen worden gevoerd door een bijzondere onderhandelingsgroep waarvan de leden de werknemers van de fuserende vennootschappen vertegenwoordigen en die worden gekozen of aangewezen krachtens het recht van of de praktijk in de lidstaat waaruit de leden worden afgevaardigd. In Nederland zal het over het algemeen gaan om afgevaardigden van ondernemingsraden of centrale ondernemingsraden. Besluit deze bijzondere onderhandelingsgroep tot goedkeuring van een overeenkomst waarin het recht op medezeggenschap wordt ingeperkt, dan behoeft dat een meerderheid van twee derde van haar aantal leden, tevens vertegenwoordigende twee derde van de werknemers en afkomstig uit tenminste twee lidstaten. Overigens hoeft de bijzondere onderhandelingsgroep niet akkoord te gaan met een overeenkomst die medezeggenschapsrechten inperkt. De onderhandelingen kunnen ook vroegtijdig beëindigd worden. Wanneer de onderhandelingen niet tot een overeenkomst leiden en niet anders wordt besloten, gelden de referentievoorschriften.

Wat betreft de referentievoorschriften vroegen de leden van de fractie van de SP hoe deze gedefinieerd zijn indien partijen er niet uitkomen.

De Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen bevat in artikel 1:31 lid 2 een definitie van de referentievoorschriften. Deze regeling is van overeenkomstige toepassing bij grensoverschrijdende fusies. Het gaat om gevallen waarin er bij één of meer fuserende vennootschappen sprake was van medezeggenschap als bedoeld in artikel 1:1 van die wet, dat wil zeggen dat de werknemers van een fuserende vennootschap of hun vertegenwoordigingsorgaan (bij ons de ondernemingsraad) het recht hebben om leden van het toezichthoudend orgaan of het bestuursorgaan van de fuserende vennootschap te kiezen of te benoemen of om met betrekking tot die benoeming aanbevelingen te doen of bezwaar te maken, voor een aantal dat gelijk is aan het hoogste van het aantal leden ten aanzien waarvan dat recht vóór de inschrijving van de verkrijgende vennootschap kon worden uitgeoefend in een van de fusiepartners.

De leden van de SP-fractie vroegen of de voorgestelde regeling er in kan resulteren dat de werknemers van een bedrijf in Nederland gefuseerd met



een buitenlands bedrijf minder medezeggenschap hebben dan werknemers bij een bedrijf dat niet gefuseerd is met een buitenlandse onderneming.

Als de bijzondere onderhandelingsgroep een overeenkomst sluit waarbij wordt afgesproken de medezeggenschap op een lager niveau vast te stellen dan in de Nederlandse fuserende vennootschap het geval was, dan is dit inderdaad mogelijk. Zo'n overeenkomst zou wel de instemming moeten hebben van een meerderheid van twee derde van haar aantal leden, tevens vertegenwoordigende twee derde van de werknemers en afkomstig uit tenminste twee lidstaten. Omgekeerd kan de regeling er ook toe leiden dat werknemers van een niet-structuurvennootschap in Nederland door de fusie met een buitenlandse vennootschap medezeggenschap *krijgen*: omdat de grote(re) verkrijgende vennootschap de grenzen voor toepassing van de structuurregeling passeert, waardoor na de inloopperiode van drie jaar de structuurregeling van toepassing wordt, of omdat wordt gefuseerd met een buitenlandse vennootschap waarin al medezeggenschap verankerd was en krachtens onderhandelingen of op grond van de referentievoorschriften medezeggenschap moet worden geregeld. De leden van de fractie van de SP signaleerden dat er bij grensoverschrijdende fusie als bedoeld in dit wetsvoorstel geen eigen, supranationale rechtsvorm ontstaat en dat in Nederlandse vennootschappen verschillende medezeggenschapsstructuren kunnen gaan ontstaan. Deze leden vroegen zich af of niet eerst tot harmonisatie van medezeggenschapssystemen binnen Europa moet worden gekomen alvorens men tot uitvoering van de richtlijn overgaat.

Bij de onderhandelingen over de grensoverschrijdende fusie is erkend dat op het punt van de betrokkenheid van werknemers(vertegenwoordigers) in Europa verschillende tradities naast elkaar bestaan. Gezocht is naar een oplossing waardoor onevenredig verlies aan vennootschapsrechtelijke medezeggenschap kon worden voorkomen, zonder dat deze verplicht zou moeten worden in landen waar men er de voorkeur aan geeft dat de rol van de werknemers op een andere wijze wordt ingevuld. In de richtlijn zijn daartoe waarborgen ingebouwd tegen onevenredig verlies aan medezeggenschap door onderhandelingen tussen werknemers en het bestuur over het systeem in de verkrijgende vennootschap waarbij de referentievoorschriften voorkomen dat één van beide partijen in de onderhandelingen een zwakkere positie heeft. Naar mijn oordeel is er met deze uitwerking geen behoefte aan harmonisatie van medezeggenschapssystemen in Europa als voorwaarde voor grensoverschrijdende fusie.

De leden van de fractie van de VVD merkten op dat zich een situatie kan voordoen waarin bij de fusie van een verkrijgende vennootschap die medezeggenschap niet kent met een verdwijnende fusie die wel medezeggenschap kent, de medezeggenschap voor de werknemers van de verdwijnende vennootschap vervalt, en vroegen mij nader in te gaan op de mogelijke gevolgen ten aanzien van de reorganisatie, het ergens anders moeten gaan werken en dergelijke. Deze leden vroegen mij tevens in te gaan op de gevolgen van een fusie voor de werknemers van een Nederlandse vennootschap met een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat.

Belangrijkste gevolg van de juridische fusie is, zoals de leden van de fractie van de VVD ook aangeven, dat de werknemers met behoud van alle rechten en verplichtingen mee «over» gaan, dat wil zeggen, in dienst geraken van de verkrijgende vennootschap zonder dat daarvoor aanvullende wettelijke bepalingen of afspraken noodzakelijk zijn. Het juridische gegeven dat iemand werknemer wordt van de verkrijgende vennootschap, hoeft evenwel geen gevolg te hebben voor de plaats waar de werknemer zijn arbeid verricht. Op zijn arbeidsovereenkomst wordt ook geen ander recht van toepassing. De verkrijgende vennootschap met statutaire zetel in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk kan in Nederland fabrieken of

kantoren blijven aanhouden, en naar Nederlands (en Engels) recht bovendien hier te lande een hoofdkantoor vestigen. Uiteraard kan in het kader van de fusie ook sprake zijn van een reorganisatie van de fuserende bedrijven. Afhankelijk van de grootte van het Nederlandse bedrijf heeft de ondernemingsraad het recht om advies uit te brengen over een reorganisatie; vrijwel zonder uitzondering wordt ook met de vakbonden overlegd, al dan niet op basis van de SER-fusiecode.

#### *Fiscale begeleiding*

De leden van de fractie van de PvdA vroegen op basis van welke criteria wordt bepaald of de intenties van de bij een grensoverschrijdende fusie betrokken lichamen in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing en welke overheidsorganen van welke betrokken landen bevoegd zijn daarover te oordelen. In dat kader wordt door deze leden voorts gesteld dat dit geharmoniseerd zal moeten plaatsvinden omdat EU-lidstaten via een soepele fiscale begeleiding van dergelijke fusies zouden kunnen proberen bedrijven te lokken.

Fiscale begeleiding van een grensoverschrijdende fusie is al geruime tijd mogelijk op basis van EU-richtlijn nr. 90/434/EG van 23 juli 1990, PbEG L 225 betreffende een gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten. Deze «fiscale fusierichtlijn» moest door EU-lidstaten vóór 1 januari 1992 in de nationale wetgeving worden geïmplementeerd. Artikel 11 van deze fiscale fusierichtlijn geeft individuele EU-lidstaten de mogelijkheid om fiscale begeleiding geheel of gedeeltelijk achterwege te laten in situaties waarbij het hoofddoel of één van de hoofddoelen van de fusie belastingfraude of belastingontwijking is. In dat kader moet worden bezien of aan de juridische fusie zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, zoals herstructurering of rationalisering van de bij de fusie betrokken vennootschappen. Beoordeling daarvan vindt plaats door de Belastingdiensten van de lidstaten waarin de bij de juridische fusie betrokken vennootschappen gevestigd zijn. Omdat het toetsingskader voortvloeit uit de fiscale fusierichtlijn, bestaat er op dit punt binnen Europa in beginsel een *level playing field*. Een eventueel geschil van inzicht tussen belastingplichtige en Belastingdienst over toepassing van de zakelijkheidstoets kan uiteraard worden voorgelegd aan de nationale rechter die daar, desgewenst, prejudiciële vragen over kan stellen aan het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen. Overigens zal deze zakelijkheidstoets vooral worden toegepast door de Belastingdienst van de lidstaat die door de grensoverschrijdende juridische fusie een fiscale claim zal verliezen. Een «te soepele» zakelijkheidstoets zou dan eerder een stimulans zijn voor binnenlandse bedrijven om te vertrekken – en belastingheffing over de opgebouwde fiscale claims via een grensoverschrijdende fusie ontgaan – dan een instrument om buitenlandse bedrijven aan te trekken.

#### **Artikelen**

##### *Artikel 311*

De gecombineerde commissie heeft er terecht op gewezen dat in artikel 2:311 BW ook moet worden verwezen naar artikel 333h, omdat ook daar sprake is van aandelen die vervallen zonder dat er aandelen worden toegekend. Het bij nota van wijziging voorgestelde nieuwe onderdeel B voorziet daarin.

##### *Artikel 333a*

Dit artikel (het vernummerde artikel 2:334 BW) gaat over de driehoeksfusie. De leden van de fractie van het CDA vroegen of het bij een driehoeksfusie aanbeveling verdient om de voorwaarde dat zowel de verkrijgende als de moedermaatschappij kapitaalvennootschappen naar

Nederlands recht zijn, in de wet op te nemen. Deze leden wilden eveneens weten waarom het niet mogelijk zou zijn dat de aandeelhouders van twee verdwijnende Nederlandse vennootschappen aandeelhouder worden van een buitenlandse moedermaatschappij.

De driehoeksfusie onderscheidt zich van de «gewone» juridische fusie doordat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap geen aandeelhouder worden van de vennootschap die als verkrijgende vennootschap het vermogen van de verdwijnende vennootschap ontvangt, maar van een groepsmaatschappij (doorgaans de moeder) van die verkrijger. De aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap moeten dan informatie verkrijgen over de vermogenspositie van die moeder. Het vermogen dat op de dochter is overgegaan, zal daarin zijn verwerkt. Maar die vermogenspositie wordt ook bepaald door vermogens van overige groepsmaatschappijen of schulden van de moedermaatschappij zelf. De moedermaatschappij moet op grond van artikel 2:334 BW (na inwerking-treding van de wet artikel 2:333a BW) dan ook aan alle eisen rond bijvoorbeeld het fusievoorstel voldoen. De dochtermaatschappij die het vermogen van de verdwijnende fusievennootschappen verkrijgt, hoeft juist niet aan alle bepalingen te voldoen, omdat dat beschouwd wordt als een interne groepsaangelegenheid. Zie daarvoor thans artikel 2:334 lid 3 BW. Zijn de moedermaatschappij of de verkrijgende dochter vennootschappen naar buitenlands recht, dan kan artikel 2:334 BW niet worden toegepast, omdat deze vennootschappen de fusie afwikkelen volgens hun eigen nationale recht. Bij een buitenlandse verkrijgende moeder gaat dus informatie ontbreken. Voor de fuserende verdwijnende buitenlandse vennootschappen klemt dat niet, omdat de voorschriften voor de verdwijnende vennootschap bij een driehoeksfusie niet afwijken van de bepalingen voor een «gewone» fusie. Het is inderdaad verstandig dit ook in de wet tot uitdrukking te brengen. Dat is gebeurd door in het voorgestelde artikel 333c een lid toe te voegen over de driehoeksfusie. Terecht merkt VNO-NCW overigens op dat een en ander moet worden beoordeeld naar het recht van elk van de fuserende vennootschappen afzonderlijk. Indien het nationale recht van de verdwijnende vennootschap dus in de weg zou staan aan deelname aan de driehoeksfusie, staat de rechtsfiguur niet open.

#### *Artikel 333b*

Dit artikel gaat over het toepassingsbereik. Naar Nederlands recht opgerichte beleggingsinstellingen waarvan de rechten van deelneming op verzoek van de deelnemers direct of indirect worden ingekocht of terugbetaald ten laste van de activa van de instelling, ook bekend als «open end» beleggingsinstellingen, worden in lid 2 uitgezonderd van de reikwijdte van de voorgestelde afdeling 3a. Daarmee wordt uitvoering gegeven aan artikel 3 lid 3 van de richtlijn. De leden van de fracties van het CDA en de VVD vroegen of deze keuze niet leidt tot een concurrentienadeel en of er lidstaten zijn waar het wel mogelijk wordt dat dergelijke beleggingsinstellingen grensoverschrijdend fuseren. De leden van de fractie van het CDA wilden ook weten of een fusie via de regeling voor de Europese Vennootschap voldoende mogelijkheden biedt.

Een «open-end» beleggingsinstelling die (naamloze) vennootschap is in de zin van artikel 2, vijfde lid van verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (PbEG L 294) kan inderdaad grensoverschrijdend fuseren tot een SE op grond van artikel 17 en volgende van dat statuut. Dat biedt mogelijkheden, mits de beleggingsinstelling ook een nv is en geen fonds voor gemene rekening. Nu de richtlijn niet van toepassing is op «open-end» beleggingsinstellingen, is, zoals de leden van de fractie van het CDA ook opmerken, alleen eenzijdige uitbreiding van de rechtsfiguur grensoverschrijdende fusie voor een «open-end» beleggingsinstelling mogelijk. Net als bij andere rechtspersonen die niet onder het

toepassingsbereik vallen, zou dit het risico meebrengen van complexe uitvoerbaarheid en rechtsonzekerheid omdat in de nationale wetgeving van de andere betrokken lidstaat of lidstaten geen spiegelbeeldige bepalingen hoeven te zijn opgenomen of zelfs een regeling van toepassing kan zijn die aan een fusie in de weg staat. Daarnaast zou met een uitbreiding tot «open-end» beleggingsinstellingen worden afgeweken van het uitgangspunt dat in een implementatieregeling geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk is. Er zijn geen aanwijzingen dat in andere lidstaten de bepalingen inzake grensoverschrijdende fusies wel worden uitgebreid tot «open end» beleggingsinstellingen, zo kan ik de leden van de fractie van het CDA antwoorden. Dat ligt ook niet voor de hand nu deze uitzondering niet in het oorspronkelijke Commissievoorstel (2003)703 definitief van 18 november 2003 stond en de uitzondering is toegevoegd op verzoek van de Raad. Omdat de richtlijn geen regeling bevat, zal de uitzondering naar mijn indruk niet van positieve of negatieve invloed zijn op het vestigingsklimaat in Nederland van «open-end» beleggingsinstellingen.

#### *Artikel 333d*

Dit artikel geeft aanvullende voorschriften voor het fusievoorstel. De leden van de fractie van het CDA vroegen of het juist bij grensoverschrijdende fusie aanbeveling verdient om expliciet vast te leggen dat het om een gezamenlijk fusievoorstel moet gaan.

Ofschoon ik meen dat naar de in Nederland gebruikelijke uitleg van artikel 2:312 BW het onomstreden is dat het ook in grensoverschrijdende gevallen om één, gezamenlijk, fusievoorstel moet gaan, bestaan geen grote bezwaren tegen de wens om dat expliciet vast te leggen, nu op deze wijze wordt aangesloten bij de terminologie van de richtlijn. Omdat die terminologie op dit punt verschilt van artikel 5 Derde richtlijn, wordt niet artikel 2:312 BW aangepast, maar wordt de aanhef van het voorgestelde artikel 333d gewijzigd in «het gezamenlijke voorstel tot fusie». De gecombineerde commissie had voorts voorgesteld om in het voorgestelde sub b. te spreken over de «verwachte gevolgen voor de werkzaamheden», omdat dit begrip ook al wordt gebruikt in artikel 2:313 lid 1 BW. De richtlijn spreekt in artikel 5 echter over «waarschijnlijke gevolgen voor de werkgelegenheid»; die terminologie is gehandhaafd.

De toelichting op het voorgestelde onderdeel f is opgenomen bij artikel 333h (uittreedrecht).

#### *Artikel 333 e*

Dit artikel bevat enkele aanvullende publicatieverplichtingen. De leden van de fractie van het CDA vroegen waarom naast een publicatie in een dagblad ook een publicatie in de Staatscourant vereist zou moeten zijn en niet kan worden volstaan met een mededeling op de website van betrokken partijen. De leden van de fracties van het CDA en de VVD informeerden voorts naar de mogelijkheid om, ook voor nationale fusies, de publicatie in een landelijk dagblad op te heffen.

Het staat de wetgever niet vrij om te volstaan met het laten vermelden van informatie op een website van de vennootschap. De richtlijn verplicht tot openbaarmaking van het gemeenschappelijk fusievoorstel op de wijze voorzien in artikel 3 van de Eerste richtlijn nr. 68/151/EEG van 9 maart 1968 (PbEG L 65/8, hierna; Eerste richtlijn) ofwel bij het Handelsregister, met nadere vermelding, op grond van lid 4 van artikel 3 Eerste richtlijn, in het nationale publicatieblad. Deze verplichting geldt ook voor nationale fusies (art. 6 Derde richtlijn). Wel biedt de Derde richtlijn ruimte om de publicatie in het nationale publicatieblad te beperken tot een uittreksel of een mededeling omtrent opname van het fusievoorstel in het Handelsregister; die versoepeling is in artikel 2:314 lid 3 BW (en het voorgestelde artikel 333 e) ook benut. De Eerste richtlijn is aangepast bij richtlijn nr. 2003/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2003

(PbEU L 221) waar is vastgelegd dat vanaf 1 januari 2007 stukken elektronisch moeten kunnen worden aangeleverd. In Nederland kan dat al vanaf 1 januari 2006. Bovendien bepaalt de Eerste richtlijn dat lidstaten de elektronische publicatie in het nationale publicatieblad ook kunnen vervangen door een ander, even doeltreffend instrument dat toegang tot de informatie biedt. Artikel 17 lid 1 van de Handelsregisterwet bepaalt daartoe, kortweg, dat de Kamer van Koophandel zorgdraagt voor kennisgeving van deze inschrijvingsgegevens in een door haar verzorgd publicatieblad of ander doeltreffend instrument. De website van de Kamer van Koophandel is het officiële publicatiemedium. De vennootschap kan dus volstaan met het elektronisch aanleveren van de stukken bij de Kamer van Koophandel en er volgt voor deze gegevens geen verdere publicatie meer in de Staatscourant. Wel moet, net als bij nationale fusies, de vennootschap zelf mededeling doen in een landelijk verspreid dagblad van het neerleggen van de stukken ten kantore van de vennootschap. Deze regeling is indertijd toegevoegd uit oogpunt van schuldeiserbescherming. Nu de vermelding in de Staatscourant is vervallen, meen ik dat dit voorschrift gelet op het belang voor schuldeisers de vennootschap niet onevenredig zwaar belast.

Artikel 6 lid 2 van de richtlijn verplicht ook tot vermelding van de daar genoemde gegevens (waaronder de naam en zetel van de verkrijgende vennootschap) in het nationale publicatieblad. Daarbij is niet voorzien in een verwijzing naar de publicatievoorschriften van de Eerste richtlijn en kan dus ook geen gebruik worden gemaakt van de recente wijzigingen van die richtlijn. Wel kunnen deze gegevens elektronisch worden aangeboden. De Staatscourant is ook elektronisch raadpleegbaar.

#### *Artikel 333 f*

Dit artikel gaat over het recht van de ondernemingsraad of werknemers(-vertegenwoordiging) om inzage te krijgen in de bestuursverslagen bij het fusievoorstel. De leden van de fractie van het CDA vroegen waarom niet is overwogen om de inzagemogelijkheid voor de ondernemingsraad overeenkomstig artikel 2:314 lid 2 BW uit te breiden tot 6 maanden na het tijdstip van de fusie. De leden van de fractie van de PvdA vonden het in dit verband beter indien het fusievoorstel en de toelichting ter kennis van de ondernemingsraad zou moeten worden gebracht.

Alle relevante stukken, waaronder het fusievoorstel de verslagen houdende de toelichting op de fusie van de besturen van de fuserende vennootschappen, liggen op grond van artikel 2:314 BW ter inzage voor de (leden of) aandeelhouders en de houders van een bijzonder recht jegens de rechtspersoon. Deze stukken blijven nog 6 maanden na de fusie ter inzage liggen bij de verkrijgende rechtspersoon. Artikel 7 van de richtlijn gaat alleen over de afzonderlijke bestuursverslagen. Daarom is het inzagerecht in het voorgestelde artikel beperkt tot die verslagen. In de richtlijn is geen regeling getroffen voor inzage na de fusie. Is de verkrijgende vennootschap een rechtspersoon naar buitenlands recht, dan zou dit voorschrift geen toepassing kunnen vinden. Uit oogpunt van efficiëntie en lastenverzwaring is in artikel 333f voorts niet bepaald dat het bestuursverslag ter kennis van de ondernemingsraad moet worden gebracht. Bij afwezigheid van een ondernemingsraad zou het verslag dan, zo volgt uit de richtlijn, ter kennis van alle werknemers moeten worden gebracht. Dat de ondernemingsraad of de werknemers de verslagen van de besturen moeten kunnen bestuderen, wordt ook bereikt door het voorgestelde inzagerecht. De leden van de fractie van de PvdA meenden dat moet worden bepaald dat indien door de ondernemingsraad of werknemers schriftelijk opmerkingen of een advies is ingediend, dit advies cq deze stukken ook ter inzage moeten worden gelegd.

De richtlijn voorziet in een verplichting om een advies of opmerkingen van de ondernemingsraad ter inzage te leggen indien deze tijdig is ontvangen, dat wil zeggen uiterlijk een maand voor de beoogde datum waarop de



algemene vergadering een fusiebesluit kan nemen. Het Nederlandse recht bepaalt in artikel 2:314 lid 4 BW al dat een advies of opmerkingen tegelijk met het fusievoorstel of onmiddellijk na ontvangst ter inzage worden neergelegd ten kantore van de vennootschap. Dit artikel is ook van toepassing bij grensoverschrijdende fusies en behoeft dus niet van overeenkomstige toepassing te worden verklaard, zo kan ik de leden van de fractie van de PvdA antwoorden.

#### *Artikel 333g*

Dit artikel maakt het mogelijk om af te zien van een accountantsonderzoek en -verklaring indien alle aandeelhouders daarmee instemmen. De leden van de fractie van het CDA vroegen of het juist is te spreken over «algemene stemmen», terwijl de richtlijn spreekt over «alle deelgerechtigden», en vroeg zich voorts af of het ook mogelijk is om schriftelijk met algemene stemmen te besluiten. De opmerking van de leden van de CDA fractie is terecht. De richtlijn eist dat alle aandeelhouders (het woord deelgerechtigden staat in de tekst in verband met de mogelijke toepassing van de richtlijn op coöperatieve vennootschappen) instemmen met het afzien van het deskundigenonderzoek en van het verslag. Dat kan door een besluit met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd of door een besluit buiten vergadering indien wordt voldaan aan het bepaalde in artikel 2:128/238 BW. Voorts is denkbaar, zij het soms bewerkelijk, dat iedere aandeelhouder afzonderlijk wordt verzocht om in te stemmen. Bij nota van wijziging wordt voorgesteld te volstaan met de bepaling dat alle aandeelhouders moeten instemmen, waarbij de wijze (bij besluit, waarvoor dan ook artikel 2:128/238 BW kan worden benut, of anderszins) wordt vrijgelaten.

De voorgestelde wijzigingen in artikel 333g worden bij de bespreking van artikel 333h toegelicht.

#### *Artikel 333h*

Dit artikel bevat een uittreedregeling voor minderheidsaandeelhouders. De leden van de fractie van het CDA vonden het in dit artikel voorgestelde uittreedrecht voor minderheidsaandeelhouders gerechtvaardigd. Deze leden en de leden van de fractie van de VVD vroegen waarom niet ook voor nationale fusies een uittreedrecht wordt gecreëerd. De leden van de fractie van de VVD vroegen een nadere toelichting op de criteria die hebben gegolden voor het verschil tussen nationale en grensoverschrijdende fusie. Eerder, in het algemeen deel van het verslag, vroegen de leden van de fractie van de PvdA of de positie van de minderheidsaandeelhouders in alle landen gelijk is ingeval hun onderneming een grensoverschrijdende fusie aangaat.

De voorgestelde bepaling is gebaseerd op de gedachte dat een minderheidsaandeelhouder niet onder alle omstandigheden tegen zijn zin gedwongen moet worden om kapitaal te verschaffen aan een rechtspersoon in een andere juridische omgeving dan die waaraan hij tot de fusie kapitaal verschaft. Met het nemen van een aandeel in een vennootschap verwerft de aandeelhouder naast financiële ook zeggenschapsrechten, in het Frans aangeduid als «*droits patrimoineaux*». De reden om niet ook voor nationale fusies een regeling in te voeren – en het voorgestelde artikel ook niet te doen gelden voor gevallen waarin de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar Nederlands recht is – is dat bij deze fusies het recht dat van toepassing is op de rechtsverhouding tussen de aandeelhouder en de vennootschap niet wijzigt. Bepalingen waarvan (mede) een beschermende werking uitgaat, zoals de redelijkheid en billijkheidstoets van artikel 2:8 BW, de rechterlijke toetsing van besluiten op grond van artikel 2:15 BW, het voorschrift dat commissarissen – en ook het bestuur – zich bij hun taakuitoefening richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming en het enquête-recht blijven onverkort bestaan.

Ook in andere landen heeft een minderheidsaandeelhouder vanzelfsprekend de rechten die het nationale vennootschapsrecht verbindt aan zijn aandeelhouderschap. Die rechten lopen uiteen, zo kan ik de leden van de fractie van de PvdA antwoorden. Er bestaan bijvoorbeeld geen geharmoniseerde voorschriften voor de besluitvorming over het voorstel tot een juridische fusie, waardoor in een concreet geval in de ene vennootschap andere meerderheden gelden (en de minderheid dus een andere positie heeft) dan in het andere land. In Nederland kunnen minderheidsaandeelhouders onder meer het recht van enquête benutten; dit recht is in de meeste andere EU landen onbekend. Harmoniserende maatregelen vallen op dit punt op afzienbare termijn niet te verwachten. Het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de uitoefening van stemrechten door aandeelhouders van ondernemingen die hun statutaire zetel in een lidstaat hebben en waarvan aandelen tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten (5 januari 2006, COM (2005) 685 def.) laat zien dat Europa zich vooral toelegt op het faciliteren van de grensoverschrijdende uitoefening van rechten en niet op het harmoniseren van de rechten zelf. Dat neemt niet weg dat ik met de commissie vennootschapsrecht meen dat op termijn meer eenheid in de uittreed- en uitkooprechten van minderheidsaandeelhouders in Nederlandse vennootschappen gewenst is. Daarbij kan ook aard en functie van het recht van enquête worden betrokken.

De leden van de fracties van CDA en VVD wezen erop dat de schuldeisers na het verstrijken van de termijn waarbinnen verzet kan worden aangetekend, geconfronteerd kunnen worden met andere financiële grondslagen dan zij op grond van het fusievoorstel mochten verwachten. De leden van de fractie van het CDA vroegen ook hoe wordt gewaarborgd dat crediteuren op de hoogte zijn van een komende fusie.

Bij een fusie ontstaat in de verkrijgende vennootschap in beginsel meer eigen vermogen, omdat de eigen vermogens van de fuserende vennootschappen worden samengevoegd. Maar met de schadeloosstelling aan de aandeelhouders komen ook de door deze aandeelhouders gehouden aandelen te vervallen; daarmee wordt het eigen vermogen van de verkrijgende vennootschap verminderd ten opzichte van de verwachtingen in het fusievoorstel. Ook al zal de totale hoeveelheid eigen vermogen toenemen, dit kan er inderdaad toe leiden dat de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen wijzigt ten opzichte van het fusievoorstel. Op zichzelf is dat, economisch beschouwd, geen probleem. Indien de schuldeisers vanwege de mogelijke schadeloosstelling geneigd zouden zijn zekerheid te verlangen voor de nakoming van de verplichting van de verdwijnende vennootschappen, dan zij dat zo; uiteindelijk moeten de crediteuren toch betaald worden en indien dat voor de verkrijgende vennootschap op bezwaren zou stuiten, kunnen vraagtekens worden gesteld bij de fusie. Overwogen is om de verzettermijn voor crediteuren te verlengen tot na het moment dat duidelijk is tot welk bedrag sprake is van een met kapitaalvermindering vergelijkbare situatie. Zo'n regeling is niet onverdedigbaar nu zij er toe leidt dat de schuldeisers niet in een nadeliger positie geraken door wat in feite uitkeringen aan aandeelhouders zijn.

Een en ander heeft evenwel ook gevolgen in het domein van de kapitaalbescherming. De schadeloosstelling voor de minderheidsaandeelhouders is gelijk te stellen aan een vermindering van het eigen vermogen van de betreffende fuserende vennootschap. De betreffende aandelen vervallen ook krachtens het voorgestelde artikel 333h lid 3. Op grond van artikel 2:328 BW moet de accountant verklaren dat de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennootschappen ten minste overeenkwam met het nominaal gestorte bedrag op de gezamenlijke aandelen die hun aandeelhouders krachtens de fusie verkrijgen, vermeerderd met het bedrag waarop zij krachtens de ruilverhouding recht hebben. Dit laatste deel is ook te beschouwen als een uitkering uit het (eigen) vermogen van de vennootschap, nu daar geen gerechtigdheid tot het aandelenkapitaal

meer tegenover staat. Voor de schadeloosstelling die aan aandeelhouders wordt voldaan in relatie tot de (vervallende) aandelen, moet hetzelfde gelden. Bij een grensoverschrijdende fusie moet in de verklaring van de accountant dus ook het maximale bedrag van met de schadeloosstellingen gemoeide betalingen worden meegerekend. Dat betekent dat de voorgestelde schadeloosstelling bij het fusievoorstel bekend moet zijn. In het voorgestelde artikel 333d wordt daartoe een onderdeel f toegevoegd. In de praktijk ligt voor de hand dat de vennootschap, mede gelet op de voor het fusiebesluit cq statutenwijziging in de statuten opgenomen meerderheden, laat berekenen hoeveel minderheidsaandeelhouders maximaal kunnen tegenstemmen en uittreden, wat de waarde per aandeel is en hoe hoog (dus) de maximale schadeloosstelling kan zijn. De accountant kan dan de vereiste verklaring afleggen. Wordt dat gereserveerde bedrag niet of niet volledig benut, dan vult het als het ware het eigen vermogen van de verkrijgende vennootschap aan tot het nominaal gestort bedrag waartegenover ook aandelen worden uitgereikt.

Het tekort op het eigen vermogen van de ene verdwijnde vennootschap mag worden gecompenseerd door een overschot bij de fusiepartner. Als een solide vennootschap wil fuseren met een er financieel minder rooskleurig voorstaande partner, zal zij zich de facto niet een uittocht van een substantieel deel van de minderheid kunnen veroorloven. De kapitaalbeschermingsregel vereisen nu eenmaal dat door de verkrijgende vennootschap geen aandelen worden toegekend voor een hoger nominaal bedrag dan de waarde van hetgeen de vennootschap daarvoor in ruil krijgt. Door de verklaring van de accountant krijgen de besturen van de fuserende vennootschappen al in een vroeg stadium een indruk van het percentage aan aandeelhouders dat met de fusie moet instemmen om aan de eisen van kapitaalbescherming te kunnen blijven voldoen, mede gelet op de financiële positie van de fusiepartner. Een vennootschap kan de gepercipieerde kans dat een fusie door een belangrijk deel van de minderheidsaandeelhouders niet wordt ondersteund, verkleinen door versterkte meerderheids- en quorum-eisen te hanteren. Die vormen dan weer een andersoortige bescherming voor minderheidsaandeelhouders. Omdat het accountantsrapport wordt toegevoegd aan het fusievoorstel, wordt tevens voorzien in een verbetering van de informatiepositie van de crediteuren. Crediteuren kunnen kennismaken van een voorgenomen fusie omdat het fusievoorstel tezamen met onder meer de laatste drie vastgestelde jaarrekeningen ter inzage wordt gelegd bij het Handelsregister (artikel 2:314 lid 1 BW). Van die deponering wordt ook mededeling gedaan in een landelijk verspreid dagblad (artikel 2:314 lid 3 BW). De leden van de fractie van het CDA vroegen of een verzoek tot schadeloosstelling schriftelijk moet worden ingediend, en of zij goed begrepen hadden dat een fusieakte dan niet kan worden getekend tot een maand na de datum van het besluit. Deze leden wilden tevens weten of voorstelbaar is dat het verzoek wordt gericht aan de verkrijgende vennootschap omdat de fuserende vennootschappen reeds zijn verdwenen.

Voor de afwikkeling van de schadeloosstelling zijn in het wetsvoorstel geen bijzondere bepalingen opgenomen. Het ligt wel voor de hand dat een verzoek schriftelijk wordt ingediend, ook al omdat de aandeelhouder zal moeten aantonen dat hij tegen de fusie heeft gestemd. Zie daarvoor ook artikel 2:330 lid 4 BW. Zijn er tegenstemmende minderheidsaandeelhouders, dan zal de fusie inderdaad pas een feit kunnen worden als de termijn als bedoeld in het voorgestelde artikel is verstreken, tenzij al eerder van deze aandeelhouders duidelijkheid is verkregen over de vraag of zij schadeloosstelling verlangen óf de fuserende vennootschappen zich gebonden hebben verklaard aan het resultaat van een eventueel verzoek om schadeloosstelling, zoals voorzien in het voorgestelde artikel 333i lid 4. Vanwege het voorschrift in dit artikel, dat weer is ingegeven door artikel 10 lid 3 van de richtlijn, is niet goed voorstelbaar dat de vennootschap is

verdwenen en het verzoek tegen de verkrijgende vennootschap zou moeten worden gericht.

De leden van de fractie van het CDA wilden voorts weten of de notaris met meer zekerheid dan op basis van informatie van de verdwijnende vennootschap kan vaststellen of besloten is dat de verkrijgende vennootschap gebonden zal zijn aan het resultaat van de procedure.

Voor alle ook door de richtlijn vereiste controle op de voltooiing van de voor een fusie nationaal voorgeschreven handelingen zal de notaris moeten afgaan op de informatie en documenten die hem door de fusierende vennootschappen worden verstrekt. Dat geldt ook voor deze verklaring; omdat het van de vennootschapsrechtelijke besluitvormingsvoorschriften in het zeteland van de fusierende vennootschappen afhangt welk orgaan of welke persoon rechtsgeldig een besluit als bedoeld in het voorgestelde artikel 333i lid 4 kan nemen, is niet met meer zekerheid te omschrijven aan welke kenmerken een dergelijke verklaring precies moet voldoen. Aangetekend zij dat in het richtlijnsysteem ook in het zeteland van een buitenlandse fusierende vennootschap een controle door een notaris, autoriteit of rechter zal plaatsvinden om te bepalen of de betreffende vennootschap «gereed is» voor de fusie. Op dat attest zal moeten worden vertrouwd.

De leden van de fracties van het CDA en de VVD vroegen waarom alleen een aandeelhouder die *tegen* de fusie stemt, een recht op schadeloosstelling krijgt. De leden van de fractie van de VVD vroegen of nader kon worden ingegaan op de situatie dat een aandeelhouder wel instemt met de fusie maar het oneens is met de prijsstelling van de aandelen. De leden van de fractie van het CDA vroegen zich af of een aandeelhouder niet zou tegenstemmen om zijn rechten zeker te stellen.

Uitgangspunt van de juridische fusie is dat aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap. De voorgestelde regeling is niet bedoeld om alle aandeelhouders een keuze te geven tussen fuseren of uitgekocht worden; dat zou er zelfs op neer kunnen komen dat alle aandeelhouders vóór de fusie stemmen en vervolgens wensen te worden uitgekocht. Zij is alleen bedoeld voor die gevallen waar de aandeelhouder bezwaren heeft tegen het voorstel, maar gelet op de stemverhoudingen niet zal worden gehoord. Dat behoeven geen bezwaren van financiële aard te zijn; wellicht verbindt het recht van de zetel van de verkrijgende vennootschap aan de aandelen van de minderheidsaandeelhouder andere rechten, waardoor zijn positie jegens de meerderheid of jegens het bestuur wijzigt. Uiteraard is niet uit te sluiten dat een aandeelhouder feitelijk tegenstemt omdat hij de voorkeur geeft aan een schadeloosstelling. Daarmee neemt hij een risico: stemmen te veel aandeelhouders tegen, dan wordt de vereiste meerderheid niet gehaald of kan de fusie geen doorgang vinden vanwege de gevolgen van uittreden voor de vermogenspositie van de verkrijgende vennootschap. Mede gelet op het belang van de schuldeisers meen ik dat dit risico bij de aandeelhouder behoort te blijven. Opgemerkt zij dat het bedrag van de schadeloosstelling niet hoger hoeft te liggen dan het met de ruilverhouding gemoeide bedrag. Het aandeel van de minderheidsaandeelhouder wordt gewaardeerd naar zijn positie in de verdwijnende vennootschap; juist bij een fusie met een sterke partner die noodzakelijk is met het oog op de belangen van de vennootschap en de situatie van de werknemers is niet ondenkbaar dat de geaggregeerde waarde van de verkrijgende vennootschap hoger ligt dan de waarde van de aandelen in de verdwijnende Nederlandse vennootschap.

#### *Artikel 333i*

Dit artikel gaat over de totstandkoming van de fusie. De leden van de fractie van het CDA vroegen of voor de wijze van totstandkoming ook een verwijzingsregel nodig is. Deze vraag houdt tevens verband met de

vragen van de leden van de fractie van de VVD over het ingangstijdstip van de fusie.

De in artikel 333i voorgestelde oplossing, die in afwijking van artikel 2:318 BW geldt (voor de Nederlandse vennootschappen) bij een grensoverschrijdende fusie, houdt met de verschillen zo goed mogelijk rekening door aan te sluiten bij, kortweg, het recht van het land van de verkrijgende vennootschap. Is dat een vennootschap naar Nederlands recht, dan wordt de fusie van kracht op de dag na het verlijden van de akte. Is dat een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat, dan geldt de regel van die lidstaat – en dus niet de verplichting uit artikel 2:318 leden 1 en 2 BW. In dat opzicht kent de richtlijn een ingewikkelder stramien dan de nationale fusieregeling, onder meer tot uitdrukking komend in het gegeven dat tweemaal een notaris, rechter of andere autoriteit moet worden aangevoerd: één maal in elk land waaruit een fusiepartner afkomstig is teneinde na te gaan of aan alle formaliteiten is voldaan (neergelegd in het voorgestelde artikel 333i lid 3) en één maal door de autoriteit die bevoegd is de akte van fusie te passeren, de notaris in het geval van een fusie waarbij een Nederlandse vennootschap verkrijgende vennootschap is (het voorgestelde artikel 333i lid 5). Ter illustratie: in de Duitse regeling verleent de rechtbank ingevolge para. 122k UmwG een «*Verschmelzungsbescheinigung*» aan de fuserende vennootschap of vennootschappen naar Duits recht. Ook daarbij geeft de wet aan dat de fusie van kracht wordt op de wijze voorzien door het recht van het land waar de verkrijgende vennootschap gevestigd is. Is dat een vennootschap naar Nederlands recht, dan zal de notaris op grond van artikel 333i lid 5 dus moeten bepalen of zo'n *Bescheinigung* is afgegeven. Is de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar buitenlands recht, dan geldt noch artikel 2:318 lid 1 BW, noch artikel 333i lid 5, maar alleen de regeling zoals vastgelegd in de wetgeving van de lidstaat van vestiging van de verkrijgende vennootschap (bijvoorbeeld para. 122l UmwG bij een Duitse verkrijgende vennootschap). Daarmee wordt in een praktische oplossing voorzien. De opmerkingen uit de praktijk geven aanleiding om duidelijker in artikel 333i neer te leggen dat het recht van het land van de verkrijgende vennootschap niet slechts het tijdstip, maar ook de wijze van kracht worden van de fusie regeert. Dat gebeurt bij nota van wijziging door toevoeging van de woorden «de wijze en» in het voorgestelde lid 1.

#### *Artikel 333k*

De leden van de fractie van het CDA vroegen een reactie op de door VNO-NCW bij brief van 1 maart 2007 voorgestelde verbeteringen van het artikel. VNO-NCW vroeg of het mogelijk is een meer inzichtelijke tekst op te stellen omdat door de velen verwijzingen de tekst moeizaam leesbaar is.

Het artikel is de uitwerking van de voorschriften in artikel 16 lid 3 richtlijn, waar wordt verwezen naar richtlijn nr. 2001/86/EG rol werknemers bij de Europese Vennootschap. Alternatief is het uitschrijven van de bepalingen waarnaar wordt verwezen, maar het gaat om 20 artikelen; uitschrijven zou de regeling van artikel 333k evenmin toegankelijk maken. Bovendien moet het artikel dan weer worden aangepast als onder invloed van Europese afspraken aanpassingen worden doorgevoerd in de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen. Wel hebben de opmerking van VNO-NCW over de verwijzing in artikel 333k lid 1 naar artikel 1:1 lid 1 sub n van de Wet rol werknemers geleid tot aanpassingen in de voorgestelde leden 1 en 2. Verder constateerde VNO-NCW terecht een interferentie tussen de termijn van artikel 2:318 lid 1 BW en de artikelen van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen. Op grond van artikel 1:8 lid 3 van de Wet rol werknemers wordt de bijzondere onderhandelingsgroep ingesteld zo spoedig mogelijk na de openbaarmaking van het fusievoorstel. Deze onderhandelingen kunnen 6 maanden worden voorgezet (artikel 1:17 lid 1 Wet rol werknemers) maar de fuserende vennootschappen en de bijzon-



dere onderhandelingsgroep kunnen in gezamenlijk overleg besluiten de onderhandelingsperiode te verlengen tot een jaar. Dan kan niet meer worden voldaan aan artikel 2:318 lid 1 BW dat voorschrijft dat de akte van fusie moet worden verleden binnen zes maanden na de aankondiging van de openbaarmaking van het fusievoorstel. Voorgesteld wordt in een nieuw lid 8 van artikel 333k te bepalen dat de termijn van artikel 2:318 lid 1 BW wordt verlengd tot drie maanden na het einde van de verlengde onderhandelingsperiode, met een maximum van een jaar en drie maanden. Verlengd wordt nu ook al indien verzet is aangetekend door een schuldeiser en op dat verzet niet binnen de termijn van 6 maanden beslist is: zie daarvoor artikel 2:318 lid 1 BW. De drie maanden zijn toegevoegd om verwerking van het onderhandelingsresultaat in de statuten plus de eventuele aanvaarding door de aandeelhouders (voorgesteld lid 6) mogelijk te maken.

Het voorgestelde lid 3 eist dat het afzien van de onderhandelingen over de medezeggenschap een besluit vereist van de algemene vergadering van aandeelhouders. In de brief van VNO-NCW wordt opgemerkt dat bij vennootschappen met een sterk gespreid aandelenbezit het organiseren van extra aandeelhoudersvergaderingen een overmatige belasting vormt. VNO-NCW wil de besluitvorming overlaten aan de bestuurs- of toezichthoudende organen; bij de besluitvorming over de fusie zelf in de algemene vergadering van aandeelhouders zou dit onderwerp alsnog betrokken kunnen worden.

De richtlijn geeft de «betrokken organen» van de fuserende vennootschappen het recht om af te zien van onderhandelingen en zich meteen te verlaten op de referentievoorschriften. In de voorschriften over de Europese Vennootschap was zo'n keuze niet voorzien. Het besluit heeft rechtstreekse gevolgen voor de structuur en inrichting van de verkrijgende vennootschap. Besluiten over die inrichting – statuten, statutenwijziging, omzetting – worden genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Dat wordt ook bevestigd door artikel 9 lid 2 van de richtlijn, waar de aandeelhouders het recht krijgen om een medezeggenschapsregeling die na het besluit over het fusievoorstel tot stand komt, afzonderlijk goed te keuren (zie daartoe het voorgestelde lid 6). Ik meen daarom dat aan het voorschrift van besluitvorming door de aandeelhouders moet worden vastgehouden, waarbij wordt aangetekend dat zo'n besluit, zoals VNO-NCW ook aangeeft, eventueel buiten vergadering kan worden genomen. De leden van de fractie van de PvdA meenden dat ten onrechte geen rekening zou zijn gehouden met het geval bedoeld in artikel 16 lid 2 van de richtlijn. Daarbij gaven deze leden aan dat de structuurregeling naar hun overtuiging niet kan worden beschouwd als een regeling die qua niveau van medezeggenschap altijd hoger ligt dan het niveau van andere lidstaten omdat de structuurregeling de optie geeft om op het wettelijk stelsel te variëren, en dat de strekking van artikel 16 lid 2 mede zou zijn dat de werknemers van de verkrijgende vennootschap die werken in vestigingen in andere lidstaten kunnen deelnemen aan medezeggenschap. Met artikel 16 richtlijn is beoogd onevenredig verlies van medezeggenschap bij fusie te voorkomen. Daarbij heeft men vooral de situatie voor ogen gehad dat bewust zou worden gekozen voor vestiging in een land dat geen vennootschappelijke medezeggenschap kent. Dat wil niet zeggen dat als gevolg van een juridische fusie de rechten van werknemers niet kunnen wijzigen. Dat kan wel, allereerst omdat partijen in een aantal gevallen waarbij vennootschapsrechtelijke medezeggenschap voorhanden is, zullen onderhandelen over de vraag of en zo ja hoe de medezeggenschap in de verkrijgende vennootschap eruit zal zien, en ten tweede omdat de richtlijn werkt met een referentiekader dat zelf gebruik maakt van kwantitatieve vergelijkingen, bijvoorbeeld op het punt van het aantal werknemers dat medezeggenschap kende en bij de vergelijking van verschillende medezeggenschapssystemen. Het onderscheid tussen vennootschappen met meer en minder dan 500 werknemers kwam voort

uit de door vele lidstaten geuite wens kleinere vennootschappen zo mogelijk niet te belasten met een als ingewikkeld en kostbaar ervaren onderhandelingstraject. Bij meer dan 500 werknemers én medezeggenschap moet er altijd onderhandeld worden, ongeacht het niveau of de aard van de medezeggenschap in het vestigingsland. Anders dan bij de SE is er dus een onderscheid aangebracht tussen de gang van zaken bij «grote» en «kleinere» ondernemingen. Voor kleinere ondernemingen geldt de onderhandelingsplicht alleen indien de wetgeving van de lidstaat van de zetel van de verkrijgende vennootschap niet voorziet in hetzelfde niveau van medezeggenschap of indien die wetgeving niet voorziet in hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten door werknemers in andere lidstaten. Daarmee worden lidstaten feitelijk geprikkeld om te voorzien in een hoog niveau van bescherming (namelijk het kwantitatief hoogste niveau dat in de Europese Unie bestaat) of in verbreding van de bescherming (namelijk door uitbreiding naar de werknemers in andere lidstaten). Men vergelijkte ook lid 5 van artikel 16, waar ten aanzien van deze keuze een aanvullende bepaling is opgenomen. In Nederland geldt een medezeggenschapsregeling waardoor bij de hierboven bedoelde kwantitatieve vergelijking van een verlies eigenlijk geen sprake kan zijn. De aanpassingen in de structuurregeling van 1 oktober 2004 (Stb. 2004, 370) brengen daarin geen wijziging nu de richtlijn verwijst naar de wetgeving van de lidstaat en het aanbevelingsrecht ten aanzien van alle leden van de raad van commissarissen bestaat, met een versterkt recht ten aanzien van een derde. Een voorbeeld van de uitwerking van artikel 16 lid 2 bij een fusie tussen «kleinere» vennootschappen kan dit verduidelijken. Voor de bepaling van het niveau van medezeggenschap moet worden uitgegaan van de wettelijke regels (de richtlijn spreekt over «de nationale wetgeving voorziet in»). Is dus sprake van een fusie waarbij een structuurvennootschap betrokken is, dan geldt voor de bepaling van de vraag of de verkrijgende vennootschap bij vestiging in Nederland het structuurregime moet toepassen, het nationale recht van het land van vestiging van de verkrijgende vennootschap. Is dat Nederland, dan geldt de structuurregeling. Vervolgens kan op basis van artikel 2:158/268 BW maatwerk worden geleverd, maar een andere invulling van de benoemingsregeling kan niet zonder akkoord van de werknemers tot stand komen. Is de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar buitenlands recht, dan moet op basis van artikel 16 lid 2 worden bepaald of de nationale regelgeving van het vestigingsland van «hetzelfde niveau is» als de structuurregeling. Op dit moment zijn mij elders geen regelingen bekend waarbij de werknemers een recht van benoeming of aanbeveling hebben ten aanzien van *alle* commissarissen. In dat geval moet dus worden bepaald of de in Nederland werkzame werknemers van de verkrijgende vennootschap dezelfde rechten hebben als de werknemers in het vestigingsland; is dat niet het geval (en die regeling bestaat voor zover bekend alleen in EER-lidstaat Noorwegen) dan vinden onderhandelingen plaats met zoonodig een terugval op de referentievoorschriften. Aldus kunnen de werknemers van de Nederlandse structuurvennootschap hun rechtspersoonrechtelijke medezeggenschap veilig stellen.

De leden van de fractie van het CDA signaleerden dat als gevolg van de medezeggenschapsregeling voor een bestuursmodel kan worden gekozen waarvoor het huidige ondernemingsrecht geen basis biedt en vroegen of dit problemen kan opleveren.

Inderdaad maakt de in artikel 16 richtlijn en het voorgestelde artikel 333k opgenomen regeling het mogelijk voor een vennootschappelijke inrichting te kiezen die niet is beschreven in het Nederlandse recht. Men kan als onderhandelingsresultaat bijvoorbeeld geraken tot een vennootschap naar Nederlands recht waarbij in afwijking van artikel 2:132 BW een bestuurder wordt benoemd door een ander dan de algemene vergadering. Artikel 333k kan worden beschouwd als de grondslag voor dergelijke

afwijkende bepalingen. Omdat onze wet geen rekening houdt met het bestaan van zo'n andersluidende regeling zijn praktische problemen niet helemaal uit te sluiten, noch te voorkomen. Theoretisch laat zich een groot aantal combinaties en varianten denken. Het voorgestelde lid 5 ondervangt wrijving zoveel mogelijk door te bepalen dat de medezeggenschap in de statuten wordt vastgelegd. Mocht pas na aanvaarding van het fusievoorstel een overeenkomst worden gesloten, dan kunnen de statuten worden aangepast als de aandeelhoudersvergadering daartoe toestemming heeft gegeven op grond van artikel 333k lid 6. Is dat niet het geval, dan moet het fusievoorstel worden aangepast en moet er dus een nieuwe vergadering komen.

*Artikel 333l*

De leden van de fractie van het CDA vroegen of bij een grensoverschrijdende fusie met betrokkenheid van twee Nederlandse vennootschappen het Nederlandse deel kan worden vernietigd en het grensoverschrijdende deel niet.

Fusie, ook grensoverschrijdende fusie, is één (meerzijdige) rechtshandeling. Voor de Nederlandse fuserende vennootschappen gelden bij een grensoverschrijdende fusie alle bepalingen van de voorgestelde afdeling 3a, ook ten opzichte van elkaar. Anders dan wellicht wordt verondersteld, geldt voor de Nederlandse vennootschappen jegens elkaar niet de Nederlandse regeling in afdeling 3 en derhalve ook niet artikel 2:323 BW. Vernietiging van de grensoverschrijdende fusie voor zover het de betrokkenheid van de Nederlandse vennootschappen betreft, is niet mogelijk.

De minister van Justitie,  
E. M. H. Hirsch Ballin