

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 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L310)**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **ALGEMEEN**

##### *Inleiding*

Op 25 oktober 2005 is tot stand gekomen richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie inzake grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L 310), hierna steeds: de richtlijn<sup>1</sup>. Met de richtlijn, ook wel aangeduid als de Tiende vennootschapsrichtlijn, wordt beoogd de grensoverschrijdende samenwerking tussen ondernemingen te vergemakkelijken door het instrument van de grensoverschrijdende juridische fusie in alle lidstaten aan te reiken. Ondernemingen met verschillende rechtsvormen, bijvoorbeeld een Nederlandse naamloze vennootschap en een Engelse limited liability company, kunnen zo samengaan in één rechtspersoon. Dat kan doordat één van de bestaande fusiepartners het vermogen van de andere(n) onder algemene titel verkrijgt, ook wel fusie door overname genoemd, of doordat alle activa en passiva onder algemene titel overgaan op een daartoe nieuw op te richten rechtspersoon, de fusie door oprichting. De te fuseren rechtspersonen die ophouden te bestaan, worden aangeduid als «verdwijnde rechtspersonen»; de nieuwe of resterende rechtsvorm als de «verkrijgende rechtspersoon».

In het internationale verkeer worden bedrijfsconcentraties veelal tot stand gebracht door aandelenfusie, waarbij een rechtspersoon de aandelen van een vennootschap overneemt; de vennootschap wordt dan een dochtervennootschap. Fusies als gevolg van openbare biedingen zijn aandelenfusies. Een aandelenfusie vergt de medewerking van iedere aandeelhouder die immers vrij is te beslissen zijn aandelen over te dragen. Die overdracht moet voor ieder aandeel vervolgens afzonderlijk plaatsvinden, waarbij ook de leveringsvoorschriften voor bijvoorbeeld aandelen op naam van artikel 2:86 BW en de Wet giraal effectenverkeer moeten worden nageleefd. Ook gebruikelijk is de bedrijfsfusie waarbij bepaalde ondernemingsactiviteiten worden aangekocht. Een nadeel van zo'n bedrijfsfusie is dat ieder van die activiteiten deel uitmakend goed moet worden overgedragen volgens de regels die van toepassing zijn op overdracht van het desbetreffende goed, in het bijzonder de leveringsvereisten

<sup>1</sup> Dit wetsvoorstel strekt tot uitvoering van richtlijn 2005/56/EG; de richtlijn moet op 15 december 2007 zijn omgezet.

van artikel 3:89-97 BW. Bij een bedrijfsfusie kan voorts onzekerheid ontstaan over de toepassing van de artikelen 7:662 en volgende BW die betrekking hebben op de rechten van werknemers bij de overgang van een onderneming als economische eenheid. Juridische fusie houdt in dat de rechten en verplichtingen van de fuserende rechtspersonen in één keer overgaan op de verkrijgende rechtspersoon en maakt daarmee een groot aantal van de hierboven genoemde rechtshandelingen overbodig. Bij een juridische fusie is er geen onzekerheid over de gevolgen van de fusie voor de werknemers van deze rechtspersonen: zij gaan met behoud van alle rechten en verplichtingen mee over.

De richtlijn wordt beschouwd als een belangrijke stap op weg naar de voltooiing van de Lissabon-agenda. Het instrument internationale fusie heeft ook betekenis voor de modernisering en versoepeling van het ondernemingsrecht in Nederland waarover ik in september 2004 een Nota naar de Tweede Kamer heb gezonden (Kamerstukken II 2003/04, 29 752, nrs. 1–4). Niet alleen bevordert de richtlijn internationale samenwerking, zij vergemakkelijkt het gebruik van rechtsvormen door de gehele Europese Unie heen en is zodoende van betekenis voor de concurrentie tussen die rechtsvormen. Bij de overwegingen rond de rechtsvorm van de verkrijgende vennootschap zullen deelnemende ondernemingen de vraag kunnen betrekken of zij die vennootschap mede naar eigen inzichten en behoeften vorm kunnen geven. In de Nota is aangegeven dat wordt beoogd Nederlandse rechtspersonen in deze «beleidsconcurrentie» niet op achterstand te doen geraken. Daartoe dienen ook het wetsvoorstel *personenvennootschappen (titel 7.13)*, het wetsvoorstel *versoepeling BV recht*, en het wetsvoorstel *bestuur en toezicht in naamloze vennootschappen (monistisch stelsel)*.

#### *Opzet van de richtlijn en verhouding met arrest SEVIC systems*

De richtlijn leunt voor de inhoudelijke voorschriften sterk op de al in 1978 tot stand gebrachte Derde richtlijn nr. 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 betreffende fusies van naamloze vennootschappen (PbEG L 295, hierna: de Derde richtlijn). Anders dan de Derde richtlijn bevat de richtlijn nauwelijks bepalingen over de uitvoering van de verschillende fusievormen. In plaats daarvan hanteert de richtlijn in artikel 4 lid 1 sub a een verwijzingsregel: elk van de fuserende vennootschappen volgt de eigen nationale voorschriften voor juridische fusie. Met de verwijzingsregel wordt de grensoverschrijdende fusie derhalve door elk van de deelnemers volgens nationaal recht afgewikkeld. Gelet op het grensoverschrijdende karakter van de regeling is in een aantal gevallen een bijzondere regeling gegeven. Ook bevat de Derde richtlijn een aantal lidstaatopties, bijvoorbeeld over de toegestane bijbetaling in geld aan aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen. In de richtlijn is waar nodig een regeling getroffen voor de geldigheid van die nationale voorschriften bij grensoverschrijdende fusies.

In het arrest *SEVIC Systems* (HvJ 13 december 2005, zaak C-411/03) werd aan de orde gesteld de rechtsgeldigheid van de weigering tot inschrijving van een fusie tussen een kapitaalvennootschap naar Duits recht en een kapitaalvennootschap naar het recht van Luxemburg. In de literatuur is naar aanleiding van het arrest de vraag gesteld of het toepassingsbereik van de grensoverschrijdende fusie zou moeten worden uitgebreid tot andere dan de in de richtlijn genoemde kapitaalvennootschappen en of naast fusie ook juridische splitsing zou moeten worden geregeld. Volgens de commissie vennootschapsrecht wijzen de grote aantallen commentaren erop dat het arrest niet eenvoudig uit te leggen is. Zo blijft onduidelijk of het Hof met de uitspraak verder beoogt te gaan dan de verplichting van een lidstaat (in casu Duitsland) tot erkenning van de gevolgen van een fusie die naar het recht van een andere lidstaat (in casu Luxemburg)

rechtsgeldig is afgewikkeld. De commissie vennootschapsrecht geeft aan dat de in het arrest SEVIC genoemde eerdere uitspraken van het Hof zien op het zogenaamde secundaire vestigingsrecht, dat wil zeggen het recht van een vennootschap om aan het rechtsverkeer in een andere lidstaat dan de lidstaat van oprichting deel te nemen, in het bijzonder door oprichting van filialen of agentschappen, zonder dat die andere lidstaat aan de vennootschap aanvullende vennootschapsrechtelijke eisen stelt. Indien het Hof heeft beoogd de gevolgen van een elders in de nationale wetgeving opgenomen rechtsfiguur (zoals grensoverschrijdende fusie) te laten erkennen door deze in een daartoe bestemd register te doen inschrijven, staat daarmee nog niet vast dat de uitspraak van het Hof er toe verplicht om die rechtsfiguur in het land waar erkenning wordt gezocht materieel, in zijn volle omvang, te introduceren. Het arrest houdt daarentegen uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat voor grensoverschrijdende fusies door de nationale wetgever voorschriften worden gesteld, zolang deze voorschriften uiteraard niet in strijd komen met het Europese recht.

De mogelijkheid van grensoverschrijdende fusie van andere rechtspersonen dan de in de richtlijn genoemde is op zichzelf een aantrekkelijke. Een regeling is evenwel in de praktijk niet eenvoudig tot stand te brengen omdat het onderliggende recht van de fuserende rechtspersonen niet is geharmoniseerd. De nationale voorschriften en gebruiken betreffende deze rechtsvormen lopen sterk uiteen; sommige rechtsvormen zijn zelfs geheel onbekend. Iets dergelijks speelde ook bij de totstandkoming van de regeling voor een Europese coöperatieve vennootschap; men zie daarover de memorie van toelichting bij de uitvoeringswet Europese coöperatieve vennootschap, Kamerstukken II 2005/06, 30 382, nr. 3. Het is dan ook niet eenvoudig te bepalen of rechtsvormen zodanige gelijkenis vertonen dat zij voor de toepassing van (bij ons) artikel 2:310 BW kunnen worden beschouwd als rechtspersonen met dezelfde rechtsvorm. Evenmin wordt de fusie van andere rechtspersonen bestreken door de Derde richtlijn, zodat er geen zekerheid bestaat dat een fusie van bijvoorbeeld stichtingen in andere landen op ongeveer dezelfde wijze wordt afgewikkeld als in Nederland. Uit een door de Europese Commissie georganiseerd overleg is gebleken dat vooralsnog slechts één lidstaat voornemens is het toepassingsbereik uit te breiden of een internationale splitsingsregeling tot stand te brengen. De richtlijn leunt nochtans wel op de vooronderstellingen van vergelijkbaarheid en gelijklopende onderliggende voorschriften, bijvoorbeeld door uit te gaan van de mogelijkheid van een gezamenlijk fusievoorstel met een bepaalde, door de Derde richtlijn ook voorgeschreven inhoud.

Een keuze voor uitbreiding van de regeling tot andere rechtsvormen schept het risico dat een ingewikkelde – en indachtig de korte implementatietermijn tijdrovende – regeling wordt opgesteld die in de praktijk niet aan het doel beantwoordt, omdat in andere landen geen spiegelbeeldige voorschriften zijn ingevoerd. Voor dit punt is in Brussel aandacht gevraagd; denkbaar is dat het toepassingsbereik van de richtlijn(en) wordt heroverwogen. Men zie ook het advies van de commissie vennootschapsrecht.

De Raad van State steunt de keuze om het toepassingsbereik van de regeling voor grensoverschrijdende fusies in het wetsvoorstel niet uit te breiden, maar wijst er op dat de mogelijkheid om deel te nemen aan grensoverschrijdende fusies wel zal gaan bestaan voor coöperaties uit andere Europese landen.

Of de rechtsfiguur van de grensoverschrijdende fusie openstaat, hangt af van ten eerste de nationale voorschriften van die lidstaat ten aanzien van de inrichting van de coöperatie – gelet op de definitie in artikel 2 lid 1 van

de richtlijn kunnen slechts coöperaties met een wettelijke kapitaalstructuur deelnemen – en ten tweede van het besluit van de wetgever van die lidstaat ten aanzien van de toepassing. Artikel 3 lid 2 van de richtlijn geeft lidstaten de mogelijkheid om coöperaties uit te sluiten van deelname aan een grensoverschrijdende fusie. Zo worden in de Duitse uitvoeringswet coöperaties (*Genossenschaften*) van toepassing van de regeling uitgesloten. Men zie het voorgestelde § 122c *Umwandlungsgesetz*. Gewezen wordt op de bijzondere, meer persoonsgebonden structuur van de Duitse *Genossenschaft* die aan een fusie met een kapitaalvennootschap – ook een kapitaalvennootschap naar Duits recht – in de weg staat. Men herkent hierin het ook in Nederland gehanteerde uitgangspunt dat rechtspersonen slechts kunnen fuseren met rechtspersonen die dezelfde rechtsvorm hebben. Binnen Europa zijn de verschillen tussen rechtspersonen nog groter. In bijvoorbeeld Denemarken en Noorwegen is de coöperatie in het geheel niet wettelijk geregeld.

Voor coöperaties die niet onder de definitie van de richtlijn vallen, heeft een land geen regeling te treffen. Dat betekent dat ook als de Nederlandse wetgever het toepassingsbereik vrijwillig zou uitbreiden en daarbij een oplossing zou bieden voor het feit dat aan bepaalde voorschriften (waaronder de aandelenomruil) niet kan worden voldaan omdat de Nederlandse coöperatie geen aandelen maar lidmaatschapsrechten kent, zo'n deelname door het land waar de fusiepartner is gevestigd, niet hoeft te worden erkend. Naar mijn overtuiging zullen coöperaties met zetel in Nederland weinig behoefte hebben aan een regeling met een onzeker juridisch resultaat.

Dat betekent niet dat coöperaties naar Nederlands recht zonder instrumenten zijn als het gaat om juridische fusie. Er kan gebruik worden gemaakt van de regeling in de artikelen 19–34 van de Verordening van de Raad (EG) nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese coöperatieve vennootschap (PbEU L 207, hierna: de SCE-verordening). Men zie ook de eerder genoemde uitvoeringswet van 14 september 2006, Stb. 425, in werking getreden op 26 september 2006, Stb. 465. Dit supranationale instrument maakt door de gekozen formulering in bijvoorbeeld artikel 22 lid 1 onderdeel b, waar bij de ruilverhouding aandelen gelijk gesteld worden aan activa met de overeenkomstige waarde daarvan, deelname van een coöperatie met leden in plaats van aandeelhouders mogelijk. De verordening is naar haar aard bindend in alle lidstaten; deelname van een Nederlandse coöperatie heeft geen afzonderlijke erkenning door andere lidstaten. Daarmee is ook voor coöperaties een instrument voor rechtstreekse grensoverschrijdende fusie beschikbaar.

#### *Uitvoering van de richtlijn*

In het wetsvoorstel is de richtlijn verwerkt door voorschriften in aanvulling op de regels voor fusies van rechtspersonen (boek 2 titel 7 afdelingen 1 en 2) respectievelijk voor fusie van naamloze vennootschappen (boek 2 titel 7 afdeling 3). Daarbij speelt zowel de vraag welke *rechtsvormen* onder het bereik van de richtlijn vallen als de vraag welke vormen van *juridische fusie* de richtlijn bestrijkt.

Voor grensoverschrijdende fusies noemt de richtlijn de naamloze en besloten vennootschapsvorm en daarmee gelijk te stellen rechtsvormen met een kapitaalstructuur, waaronder aandelen, een afgescheiden vermogen en regels voor het bijeenbrengen en -houden van dat kapitaal. De coöperatie naar Nederlands recht werkt op grond van haar stamboom als species van de vereniging met contributies of andere bijdragen en bijzondere aansprakelijkheden van haar leden; een wettelijke kapitaalstructuur ontbreekt. De Europese coöperatieve vennootschap kent wel een

kapitaalstructuur met kapitaalbescherming. Grensoverschrijdende fusie van andere rechtsvormen, zoals de stichting of vereniging, wordt door de richtlijn niet bestreken.

De richtlijn noemt drie vormen van fusie; fusie door overneming van een of meer vennootschappen (artikel 2 lid 2 sub a), fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap (artikel 2 lid 2 sub b) en fusie door overneming waarbij alle aandelen al in het bezit zijn van de verkrijgende vennootschap (artikel 2 lid 2 onder c), concernfusie dus met een 100% dochtermaatschappij waarbij geen aandelen worden toegekend. Deze laatste fusievorm is terug te vinden in artikel 2:333 BW.

De in artikel 2:334 BW (na vernummering: 333a BW) neergelegde driehoeksfusie waarbij een dochtermaatschappij het vermogen verkrijgt van een andere vennootschap en aandelen worden toegekend in de moedermaatschappij en de groepsfusie van artikel 2:310 lid 4 BW waarbij andere rechtsvormen dan kapitaalvennootschappen betrokken zijn, worden in de richtlijn niet afzonderlijk genoemd. Na invoering van de rechtsfiguur van de grensoverschrijdende juridische fusie kan de driehoeksfusie in internationale verhoudingen worden gebruikt voor fusies waarbij ten minste een naamloze of besloten vennootschap betrokken is, mits de verkrijgende vennootschap en de moedervernootschap van de verkrijgende vennootschap beide vennootschappen naar Nederlands recht zijn. Indien het recht van de verkrijgende buitenlandse vennootschap zich niet tegen een dergelijke fusie verzet, is een driehoeksfusie met een vennootschap naar buitenlands recht als moedervernootschap van de verkrijgende vennootschap eveneens mogelijk.

De groepsfusie als bedoeld in artikel 2:310 lid 4 BW beslaat het geval dat wordt gefuseerd tot een stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarbij alle aandelen in de verdwijnende kapitaalvennootschap door die stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge worden gehouden. In dat geval gaat de NV of BV op in de stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge. Ook mogelijk is het opgaan van een vereniging, coöperatie of onderlinge in een NV of BV indien die NV of BV het enige lid is van de vereniging, coöperatie of onderlinge. Worden alle aandelen gehouden, dan verdwijnt dus de kapitaalvennootschap; is de kapitaalvennootschap het enige lid, dan verdwijnt de vereniging, coöperatie of onderlinge. Er wordt geen nieuwe rechtspersoon opgericht. Deze groepsfusie kan in internationale verhoudingen gelet op de richtlijnvoorschriften niet worden benut omdat deze vorm de betrokkenheid veronderstelt van een rechtspersoon (stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij) die niet onder het bereik van de richtlijn valt.

In de door artikel 2 lid 2 onderdelen a en b richtlijn bestreken gevallen is sprake van een fusie met als kenmerk dat bij het bepalen van de ruilverhouding tussen de aandelen van de verdwijnende vennootschappen en de aandelen in de verkrijgende vennootschap ten hoogste een tiende van het nominale bedrag van de aandelen in geld mag worden voldaan. Men vergelijk artikel 2:325 lid 2 BW. In artikel 39 van de Derde richtlijn is de lidstaten de optie aangereikt om dit percentage hoger te stellen dan 10%. Nederland heeft deze optie niet ingevoerd teneinde een grens te kunnen trekken tussen de rechtsfiguren juridische fusie en inkoop van aandelen. In bijvoorbeeld Finland is betaling van meer dan 10% wel mogelijk. Artikel 3 lid 1 van de richtlijn bevestigt dat deelname aan de grensoverschrijdende fusie ook openstaat voor vennootschappen afkomstig uit landen waar een ruimere verhouding tussen toekenning van aandelen en betaling in geld bestaat. De richtlijn moest deze bijbetalingsregeling uitdrukkelijk noemen nu de definitie in artikel 2 spreekt over een bijbetaling van ten hoogste 10%; zonder een aanvullende bepaling zou

een voorstel waarin wordt voorzien in een bijbetaling van meer dan 10% niet onder de definitie van fusie en daarmee evenmin onder het toepassingsbereik van de richtlijn vallen. Omdat artikel 2:309 BW de ruilverhouding niet noemt, behoeft dat artikel geen aanpassing of uitbreiding. Een aantal richtlijnvoorschriften behoeft geen implementatie omdat de wetgeving daarin al voorziet. Artikel 9 van de richtlijn bijvoorbeeld betreft het fusiebesluit zelf. Artikel 9 lid 1 vermeldt enigszins overbodig dat wordt besloten nadat van de verslagen van de besturen en van de accountant kennis is genomen. In artikel 2:317 j°. 330 BW wordt de besluitvorming binnen de algemene vergadering geregeld. Artikel 2:331 BW bestrijkt de uitzondering van artikel 9 lid 3 van de richtlijn waarbij in plaats van de aandeelhoudersvergadering het bestuur van de verkrijgende vennootschap tot de fusie kan besluiten. De fusie is voor de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap ingrijpender dan voor houders van aandelen van de verkrijgende vennootschap. Vooral bij fusie van dochters/werkmaatschappijen in een grote holding met verspreid aandelenbezit is deze bepaling gebruikersvriendelijk. Verder geldt ook voor een grensoverschrijdende fusie met een 100% dochter de vereenvoudigde bepaling van artikel 2:333 lid 2 BW; men vergelijk artikel 15 lid 1 van de richtlijn. Artikel 15 lid 2 van de richtlijn bevat een vereenvoudigingsbepaling voor de fusie waarbij ten minste 90% van de aandelen reeds wordt gehouden door de verkrijgende vennootschap. De accountantsverklaring en de overige voor het toezicht vereiste bescheiden zijn dan alleen vereist als deze worden voorgeschreven door het recht van het land van een van de fusierende vennootschappen. Een dergelijke regeling kan in de nationale wetgeving zijn ingevoerd ter implementatie van de optie in artikel 27 en 28 van de Derde richtlijn. In Nederland kennen wij deze regeling niet uit oogpunt van bescherming van minderheidsaandeelhouders. Neemt een vennootschap naar Nederlands recht deel aan de fusie, dan is een accountantsverklaring ten behoeve van de aandeelhouders van deze vennootschap noodzakelijk.

#### *Werknemersmedezeggenschap*

In een aantal landen van de Europese Unie wordt de betekenis van de werknemers voor de met de rechtspersoon verbonden onderneming vormgegeven door de toekenning van rechten of bevoegdheden die betrekking hebben op de interne structuur van de rechtspersoon. In de Europese wetgevende instrumenten is rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap omschreven als het recht een deel van de bestuurders of toezichthouders in een orgaan van de rechtspersoon te benoemen of op een dergelijke benoeming invloed te kunnen uitoefenen. Deze definitie vindt men onder meer terug in artikel 2 sub k van richtlijn nr. 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut met betrekking tot de rol van de werknemers (hierna: richtlijn rol werknemers) en artikel 1:1 sub n van de Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap (Stb. 2005, 166, in werking getreden op 1 april 2005, Stb. 2005, 167). In Nederland gaat het om de structuurregeling van artt. 2:53/152/262 e.v. BW.

De verankering van deze medezeggenschap in het rechtspersonenrecht in combinatie met het gegeven dat sommige lidstaten wel en anderen deze vorm niet kennen, betekent een complicatie voor de fusieregeling. Kennen de verdwijnende vennootschappen geen medezeggenschap en wordt gekozen voor vestiging in een lidstaat met medezeggenschap, dan zijn geen nadere regels nodig. Artikel 16 lid 1 van de richtlijn bevestigt dat in zo'n geval de regels van het vestigingsland van toepassing zijn, waarbij bedacht dient te worden dat door een fusie ook voor medezeggenschap gestelde voorwaarden kunnen worden vervuld, bijvoorbeeld over het aantal betrokken werknemers van de verkrijgende vennootschap. Bij grensoverschrijdende fusie waarbij een verdwijnende vennootschap wel

medezeggenschap kende, maar (het vestigingsland van) de verkrijgende vennootschap niet, zal medezeggenschap verdwijnen indien geen nadere regels worden gesteld. Daarvoor is in de richtlijn een regeling getroffen. Aangesloten is bij de regeling van Verordening nr. 2157/2001/EG van 8 oktober 2001 van de Raad betreffende het statuut van de Europese vennootschap (PbEU L 294, hierna: de SE Verordening) en de eerder genoemde richtlijn rol werknemers. Kernpunten van deze regeling zijn:

- *Voor* beïnvloedt *na*: de situatie voorafgaande aan de fusie is maatgevend, zij het niet beslissend, voor de regels na de fusie;
- Vennootschap en werknemers onderhandelen over wenselijkheid en vorm van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap;
- Komen partijen er niet uit, dan gelden zogenoemde referentievoorschriften waardoor afhankelijk van het aantal werknemers dat reeds medezeggenschap kende, een vorm van medezeggenschap moet worden ingevoerd in de verkrijgende vennootschap;
- De aandeelhouders van de fuserende vennootschappen hebben het laatste woord; kunnen zij zich niet in het resultaat van de onderhandelingen of referentievoorschriften vinden, dan gaat de fusie niet door.

Een grensoverschrijdende fusie betreft niet een eigen, supranationale rechtsvorm, maar resulteert in het naast elkaar bestaan van nationale rechtsvormen met een tot dan toe onbekende medezeggenschapsvorm. De onderhandelingen of het van toepassing worden van de referentievoorschriften kunnen er toe leiden dat in Frankrijk een SA ontstaat met toepassing van de structuurregeling naast de SA die deze regels niet kent of in Nederland een NV met het Zweedse medezeggenschapsrecht om twee leden van het bestuur te benoemen naast de structuur-NV. Werknemers in de betreffende landen hebben dan verschillende rechten die niet terug te voeren zijn op een beleidskeuze van de nationale wetgever of politiek-maatschappelijke opvattingen in het land in kwestie maar op de – soms toevallige – ontstaansgeschiedenis van het bedrijf. Bij ontbrekende harmonisatie van de rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap werd deze «export van medezeggenschap» door veel lidstaten onwenselijk geacht. De eerder tot stand gekomen regeling voor de Europese naamloze vennootschap is in de richtlijn dan ook op onderdelen aangepast.

#### *Fiscale begeleiding*

De Raad van State adviseerde in de toelichting in te gaan op de fiscale behandeling van een grensoverschrijdende fusie. Voor juridische fusies gelden diverse fiscale faciliteiten. Voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting komen deze er op neer dat bij de juridische fusie niet hoeft te worden afgerekend over de claim op de vermogensbestanddelen die onder algemene titel overgaan naar de verkrijgende rechtspersoon, en over de claim op de aandelen in de verdwijnende rechtspersoon. Voorts kunnen verliezen van de verdwijnende rechtspersoon onder bepaalde voorwaarden worden verrekend bij de verkrijgende rechtspersoon. Deze fiscale begeleiding is niet beperkt tot binnenlandse fusies, maar geldt ook voor grensoverschrijdende fusies binnen de EU. De fiscale begeleiding geldt niet als de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Bij de doorschuiving van de claim op de vermogensbestanddelen die naar de verkrijgende rechtspersoon overgaan, kunnen nadere voorwaarden worden gesteld ter verzekering van de heffing en de invordering. Deze voorwaarden worden gesteld als er verschillende winstbepalingsregimes van toepassing zijn, als er aanspraak bestaat op voorwaartse verrekening van verliezen en als latere heffing niet is verzekerd. De regelingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting zijn in overeenstemming met richtlijn nr. 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 (PbEU L 225) betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, laatstelijk gewijzigd bij richtlijn nr. 2005/19/EG van de Raad

van 17 februari 2005 (PbEU L 058). Voor de overdrachtsbelasting en omzetbelasting zijn er voor de juridische fusie ook fiscale faciliteiten. Deze gelden ongeacht of sprake is van een grensoverschrijdende fusie. Voor verkrijgingen krachtens een fusie geldt onder bepaalde voorwaarden een kwijtschelding van overdrachtsbelasting. Voor de omzetbelasting vormt een juridische fusie geen belastbaar feit.

#### *Adviezen en administratieve lasten*

Een voorontwerp van wet is besproken met de commissie vennootschapsrecht. De commissie bracht een advies uit dat als bijlage aan deze toelichting is gehecht<sup>1</sup>. De commissie kan zich met het voorstel volledig verenigen. De commissie meent dat de mogelijkheid van de driehoeksfusie en de fusie waarbij een vennootschap naar Nederlands recht als verkrijgende vennootschap fungeert, bijdragen aan de vergroting van de aantrekkelijkheid van het Nederlandse vennootschapsrecht. In reactie op de adviesaanvraag adviseert de commissie bij grensoverschrijdende fusies een bijzondere bescherming te introduceren voor minderheidsaandeelhouders van Nederlandse fuserende vennootschappen die zich tegen de fusie hebben uitgesproken. Voor schuldeisers acht de commissie een bijzondere bescherming in grensoverschrijdende gevallen naast het bestaande artikel 2:316 BW niet noodzakelijk. Dit advies is gevolgd; men zie de toelichting op de voorgestelde artikelen 333h en 333i.

De administratieve lasten gemoeid met het voorstel bestaan uit informatie- en deponeringsverplichtingen die dwingendrechtelijk zijn voorgeschreven door de richtlijn. Het gaat om verplichtingen die ook bij nationale fusies gelden: het opstellen van een fusievoorstel, het opstellen van een notariële akte, het deponeren van verschillende gegevens bij het Handelsregister, het doen van opgave over de fusie aan de registers waar de te fuseren vennootschappen staan ingeschreven, het verkrijgen van een accountantsverklaring en het deponeren van die verklaring. Van deze verplichtingen kan niet worden afgezien. Wel biedt de richtlijn in artikel 8 lid 4 een mogelijkheid van de accountantsverklaring af te zien indien alle aandeelhouders daarmee instemmen, die ook is benut. Bovendien is in het voorgestelde artikel 333f lid 2 bepaald dat waar een verplichting op meer fuserende vennootschappen met zetel in Nederland rust, met één mededeling kan worden volstaan.

Bij de nulmeting administratieve lasten voor nationale fusies uit 2005 is uitgegaan van ongeveer 1100 juridische fusies per jaar, en de volgende kosten: fusievoorstel € 750, notariële akte € 900, deponeren voorstel € 120, opgave aan Handelsregister € 150, totaal €1920. De grensoverschrijdende fusies zullen naar schatting leiden tot een kwart meer fusies; nauwkeurig kan de schatting niet zijn nu het gaat om een tot op heden onbekende rechtsfiguur. De accountantsverklaring zal bij internationale fusies slechts in de helft van de gevallen nodig zijn omdat veel fusies herstructurering binnen een concern zullen betreffen; deze worden geschat op €125 maal 125. Gebaseerd op die cijfers zijn de administratieve lasten voor het gehele bedrijfsleven gemoeid met de regeling te stellen op ongeveer € 2000 per fusie maal 250 is € 450 000 per jaar.

Het Adviescollege toetsing Administratieve lasten (ACTAL) wijst er in zijn advies op dat ook andere bedrijfseffecten kunnen ontstaan en adviseert in de toelichting aan die effecten aandacht te schenken. Het advies van ACTAL is als bijlage aan deze toelichting gehecht<sup>1</sup>.

Een grensoverschrijdende juridische fusie kan voor het bedrijfsleven ook besparingen betekenen. Zo worden de kosten die verband houden met de alternatieve wijzen van samenwerking, zoals bedrijfsfusie of aandelenfusie, bespaard. Vooral bij een bedrijfsfusie kunnen deze besparingen

---

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.



aanzienlijk zijn. De met een dergelijke fusie gemoede overdracht van alle activa en passiva afzonderlijk behoeft immers niet langer plaats te vinden. Tegenover de lasten – die bovendien door de richtlijn zijn voorgeschreven – staan dan ook mogelijk forse besparingen, die ook mogen blijken uit het gegeven dat het bedrijfsleven indertijd sterk heeft aangedrongen op de vaststelling van de richtlijn. De besparingen die met het voorstel worden bereikt, zijn evenwel uiterst lastig in kaart te brengen, omdat zij geheel samenhangen met de omstandigheden van het geval. Ook is op dit moment niet goed te overzien of en zo ja hoeveel ondernemingen thans afzien van een bedrijfsfusie gelet op de kosten, maar wel interesse hebben voor de juridische fusie.

## **ARTIKELEN**

### *Artikel 308*

Artikel 2:308 BW bevat een opsomming van rechtspersonen waarvoor krachtens titel 7 de rechtsfiguur juridische fusie openstaat. De richtlijn voegt aan deze opsomming rechtspersonen toe: ook kapitaalvennootschappen opgericht naar het land van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte kunnen rechtsgeldig deelnemen aan een juridische fusie waarbij een Nederlandse vennootschap als verdwijnende of verkrijgende vennootschap betrokken is. Door deze uitbreiding neer te leggen in artikel 2:308 BW wordt bereikt dat alle voorschriften voor juridische fusie als vervat in deze titel ook van toepassing zijn op de juridische fusie waarbij een buitenlandse (Europese) kapitaalvennootschap betrokken is. Ook de toepassing van vele op titel 7 geënte schakelbepalingen – men denke aan artikel 3:80 BW – is geregeld.

Met rechtspersonen uit een lidstaat van de Europese Unie is gelijkgesteld de rechtspersoon uit een lidstaat van de Europese Economische Ruimte. De EER landen IJsland, Liechtenstein en Noorwegen hebben de privaatrechtelijke richtlijnen op het gebied van het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal geïmplementeerd.

De in het voorgestelde lid 3 opgenomen opsomming van Nederlandse rechtspersonen die internationaal kunnen fuseren, is gebaseerd op de omschrijvingen in artikel 2 lid 1 sub a en b van de richtlijn. De omschrijving sub a levert geen problemen op: het is een formele verwijzing naar de opsomming in artikel 1 van de Eerste richtlijn nr. 68/151 van de Raad (PbEG L 065, hierna: Eerste richtlijn) van rechtspersonen naar het recht van een EU lidstaat. Bij ons zijn dat de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de Europese naamloze vennootschap. Een Europese naamloze vennootschap wordt voor alle onderwerpen die niet in de SE Verordening zijn geregeld, beschouwd als een naamloze vennootschap naar Nederlands recht (vgl. artikel 9 SE Verordening). In de SE Verordening is ook een rangorde opgenomen. Indien de Verordening zelf een regel bevat of een uitwerking toelaat, heeft deze specifieke regel voorrang op eventuele andere bepalingen. Dat is niet anders indien die nationale bepalingen zelf weer de resultaten zijn van Europese verplichtingen. In de SE Verordening wordt oprichting van de SE behandeld, waaronder in artikel 17 tot en met 31 SE Verordening ook oprichting door fusie van nationale vennootschappen. Een internationale fusie die uitmondt in een SE volgt derhalve de regels van de SE Verordening. Een internationale fusie waarbij een SE als fusiepartner betrokken is, volgt de regels van titel 7 voor zover deze niet strijdig zijn met de regels in het statuut zelf. De in de Eerste richtlijn genoemde commanditaire vennootschap op aandelen is in 1975 afgeschaft.

De richtlijn is ook van toepassing op andere vennootschappen die rechtspersoonlijkheid bezitten, een afgescheiden vermogen hebben dat uitsluitend voor de schulden van de vennootschap kan worden aangesproken en die zich op grond van de nationale wetgeving moeten houden aan de waarborgen van de Eerste richtlijn om de belangen van deelgerechtigden en derden te beschermen. Die waarborgen zien op openbaarmaking van informatie de rechtspersoon betreffende, de rechtsgeldigheid van verbintenissen aangegaan door of namens de rechtspersoon (waaronder doeloverschrijding en de vertegenwoordigingbevoegdheid van haar bestuur), en de vernietiging of nietigheid van de rechtspersoon zelf. Met deze omschrijving is gedoeld op de vennootschap met een coöperatief karakter. In veel Europese landen bestaan coöperaties met een dergelijke kapitaalstructuur. De SCE Verordening weerspiegelt de in Europa dominante uitwerking van de coöperatieve rechtsvorm, waarbij een afgescheiden kapitaal verdeeld in aandelen aanwezig is. Zo bestaat in België de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Deze CVBA heeft een vast minimumkapitaal van ten minste € 18 550, houders van aandelen op naam en regels van kapitaalbescherming. Het bijzondere karakter van zo'n CVBA vindt men vooral terug in de regels omtrent overdracht van aandelen (alleen vrij mogelijk tussen vennoten), maar voor een belangrijk deel volgt de CVBA de regels van de naamloze vennootschap. In Nederland is deze vorm onbekend; de coöperatie is voortgekomen uit de verenigingsvorm en is een rechtspersoon die minimumkapitaal noch aandelen kent. Coöperaties naar Nederlands recht vallen dan ook niet onder de definitie van artikel 1 lid 2 sub b. Wel kan in Nederland een Europese coöperatieve vennootschap worden opgericht (zie de SCE Verordening en de uitvoeringswet van 14 september 2006, Stb. 425, in werking getreden op 26 september 2006, Stb. 465). Artikel 3 lid 2 richtlijn geeft aan dat een lidstaat kan bepalen coöperatieve vennootschappen die wel onder de definitie van artikel 2 lid 2 vallen, uit te sluiten van het toepassingsbereik. Ik zie geen aanleiding om de Europese coöperatieve vennootschap met zetel in Nederland het recht tot fusie met een vergelijkbare rechtspersoon naar het recht van een van de lidstaten van de Unie te ontzeggen.

#### *Artikel 333a*

De bepalingen voor grensoverschrijdende fusies zijn in feite een bijzondere vorm van fusie van naamloze vennootschappen. De regeling borduurt ook voort op de specifieke regels voor naamloze vennootschappen. Een voorbeeld is artikel 5 richtlijn over de inhoud van het voorstel voor fusie. De daarin vervatte informatie is voor een belangrijk deel al terug te vinden in de artikelen 2:312 en 2:326 BW. Omwille van de gebruiksvriendelijkheid verdient het de voorkeur dat de nieuwe regeling wordt opgenomen in een afdeling die aansluit op afdeling 3. Wetgevings-technisch moet daarvoor ruimte worden gecreëerd door vernummering van het bestaande artikel 2:334 BW tot 333a.

Slechts in één geval wordt elders naar het huidige artikel 2:334 BW verwezen. Dat betreft artikel 2:311 BW.

#### *Artikel 333b*

Dit artikel regelt de toepasselijkheid van de nieuwe afdeling bij een grensoverschrijdende fusie. De voorgestelde artikelen 333b en volgende geven voor een grensoverschrijdende fusie bijzondere regels, net zoals de artikelen 2:324 BW en volgende bijzondere regels geven voor een juridische fusie met een naamloze of besloten vennootschap. De algemene fusieregels van de afdelingen 1 en 2 zijn op iedere fusie van toepassing; de regels over naamloze en besloten vennootschappen zijn aanvullend van toepassing zodra een naamloze of besloten vennootschap betrokken is bij

de fusie. In grensoverschrijdende gevallen is bij de fusie steeds een NV, BV of Europese coöperatieve vennootschap betrokken en geldt dus ook afdeling 3.

De in artikel 1 van de richtlijn neergelegde eis dat de betrokken vennootschappen hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, behoeft niet te worden vastgelegd, nu de wetgeving van EU lidstaten al pleegt aan te knopen bij de statutaire zetel danwel de feitelijke zetel van de vennootschap. Naar Nederlands recht behoeft een vennootschap met statutaire zetel in Nederland hier te lande geen hoofdbestuur of hoofdvestiging te hebben.

Beleggingsinstellingen die in het spraakgebruik worden aangeduid als *open-end* en waarbij de aandeelhouders op ieder moment de aandelen door de vennootschap kunnen doen inkopen, zijn gelet op artikel 3 lid 3 van de richtlijn uitgesloten van het toepassingsbereik. Het voorgestelde lid 2 bepaalt daartoe dat grensoverschrijdende fusie voor dergelijke UCITS niet openstaat. Voor de formulering is aangesloten bij het voorgestelde artikel 2:359a BW ter uitvoering van richtlijn nr. 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 april 2004 betreffende het openbare overnamebod (PbEU L 142). Die richtlijn kent in artikel 1 lid 2 eveneens een uitzondering voor deze beleggingsinstellingen. Men zie Kamerstukken I 2006/07, 30 419, nr. A.

#### *Artikel 333c*

Uitgangspunt bij de nationale fusie is dat een juridische fusie alleen openstaat voor rechtspersonen met dezelfde rechtsvorm, waarbij naamloze en besloten vennootschappen aangemerkt worden als eenzelfde vorm (art. 2:310 BW). Voor de grensoverschrijdende fusie erkent artikel 4 lid 1 sub a van de richtlijn deze hoofdregel, met dien verstande dat in plaats van «dezelfde» rechtsvorm wordt gesproken over «typen» van vennootschappen. Gelet op het toepassingsbereik van de richtlijn gaat het dan om fusies tussen naamloze vennootschapsvormen onderling, waarbij de besloten vennootschap wordt beschouwd als eenzelfde type, en tussen coöperatieve vennootschappen onderling, waarbij de Europese coöperatieve vennootschap wordt gelijkgesteld met coöperatieven elders, mits deze een wettelijke kapitaalstructuur kennen. Met het voorgestelde artikel wordt de hoofdregel van de richtlijn geïmplementeerd.

In een grensoverschrijdend geval is denkbaar dat twee of meer buitenlandse vennootschappen bij de fusie door oprichting een keuze wensen te maken voor een vennootschap naar het recht van een derde land. Dat is mogelijk voor zover de lidstaat van dat derde land deze keuze toestaat. Om de keuze voor een Nederlandse vennootschap mogelijk te maken, is in lid 1 tevens bepaald dat een vennootschap naar Nederlands recht verkrijgende vennootschap zal kunnen zijn. Ook verzet het Nederlandse recht zich niet tegen een fusie tussen een NV en Franse SA tot een Engelse Limited; uiteraard voor zover ook het Engelse recht (het recht van het land van de verkrijgende vennootschap) deze variant toestaat. De commissie vennootschapsrecht acht het juist dat het wetsvoorstel een dergelijke variant, waartoe de richtlijn strikt gesproken niet verplicht, toelaat.

In lid 2 wordt de Europese coöperatieve vennootschap voor de toepassing van de fusie gelijkgesteld met coöperatieve vennootschappen elders. Nationaal wordt de Europese coöperatieve vennootschap voor de toepassing van de fusiebepalingen van boek 2 BW beschouwd als een coöperatie (artikel 20 SCE Verordening en artikel 9 uitvoeringswet van 14 september 2006, Stb. 425, in werking getreden op 26 september 2006,

Stb. 465). De Europese coöperatieve vennootschap met zetel in Nederland die wil deelnemen aan een fusie zal voor een belangrijk deel de bepalingen geschreven voor de naamloze vennootschap moeten toepassen omdat de richtlijn daartoe verplicht. Het voorgestelde lid 2 bepaalt dan ook dat de Europese coöperatieve vennootschap voor de fusie de bepalingen van afdeling 3 toepast. Een uitzondering bestaat voor de in afdeling 3 opgenomen driehoeksfusie. De commissie vennootschapsrecht heeft erop gewezen dat artikel 1 lid 3 van het statuut van de Europese coöperatieve vennootschap in de weg staat aan een grensoverschrijdende fusie waarbij de coöperatieve activiteiten niet door de Europese coöperatieve vennootschap zelf of een dochtermaatschappij worden uitgeoefend. Bij een driehoeksfusie worden aandelen uitgereikt in de moedermaatschappij van de ECV.

Fusie tussen een coöperatie naar Nederlands recht en een coöperatieve vennootschap naar buitenlands recht wordt gelet op de tekst van de richtlijn en de daar gehanteerde definities niet beschouwd als een fusie tussen overeenstemmende typen van vennootschappen.

#### *Artikel 333d*

De fusieprocedure valt uiteen in een voorbereidende en een besluitvormingsfase. In de voorbereidende fase is het fusievoorstel van groot belang. Het gaat steeds om een voorstel dat door de besturen van de fuserende rechtspersonen samen wordt opgemaakt. De richtlijn bevestigt uitdrukkelijk dat het om één stuk moet gaan door het gebruik van de term «gemeenschappelijk voorstel». Artikel 2:312 BW spreekt al van «een voorstel»; toevoeging van het woord «gemeenschappelijk» zou gelet op de algemeen aanvaarde uitleg van het artikel overbodig zijn. Men zie Asser-Maeijer 2-III, nr. 577.

Wat het fusievoorstel moet bevatten, staat voor alle rechtspersonen in artikel 2:312 BW en voor fusies tussen kapitaalvennootschappen aanvullend in artikel 2:326 BW. Artikel 5 richtlijn bevat bijzondere informatieverplichtingen die samenhangen met het grensoverschrijdende karakter van de fusie. Deze aanvullende verplichtingen zijn neergelegd in het voorgestelde artikel.

In lid 1 van artikel 5 richtlijn wordt sub a bepaald dat het fusievoorstel ook moet bevatten de voorgenomen rechtsvorm, naam en statutaire zetel van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap. Dit is overgenomen in het voorgestelde onderdeel a, waarbij de richtlijnfrase «de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane» is vervangen door het in boek 2 BW gehanteerde «verkrijgende». Dat de statuten van de verkrijgende vennootschap in het voorstel moeten worden opgenomen, volgt al uit artikel 2:312 lid 2 sub b BW. Anders dan elders in boek 2 BW is gebruik gemaakt van de ook in de richtlijn benutte aanduiding «statutaire zetel». In de Nederlandse regeling vallen die begrippen samen, maar in het fusievoorstel kan het evenzeer gaan om de zetel van de verkrijgende vennootschap naar buitenlands recht waar het enkele begrip «zetel» ook kan verwijzen naar de plaats van vestiging van het hoofdkantoor, de zogenoemde reële zetel.

Artikel 5 richtlijn bevat twee categorieën informatieverplichtingen die van doen hebben met de werknemers van de fusiepartners. Nieuw is het voorschrift over de in het fusievoorstel op te nemen gevolgen van de fusie voor de werkgelegenheid. De richtlijn geeft niet aan hoe gedetailleerd de informatie moet zijn. In de SE Verordening komt deze eis niet voor. Op grond van artikel 2:313 BW moet elk van de besturen van de fuserende vennootschappen in de toelichting al ingaan op het voorstel uit juridisch,

economisch en sociaal oogpunt. In de Nederlandse verhoudingen wordt bij de gevolgen van fusie voor de werkgelegenheid uitgebreid stilgestaan. Gaat het om een vennootschap die een onderneming in stand houdt waarop de Wet op de ondernemingsraden van toepassing is, dan heeft de ondernemingsraad op grond van artikel 25 WOR het recht advies uit te brengen over de voorgenumen samenwerking. Ook de SER-fusiegedragsregels 2000 bevatten bepalingen over, grofweg, de gevolgen van fusie voor de werkgelegenheid. Men vergelijk artikel 4 SER fusiegedragsregels 2000. Van deze gegevens kan gebruik worden gemaakt voor het opstellen van de informatie als bedoeld in het voorgestelde onderdeel b. De gegevens zelf worden gelet op artikel 2:314 lid 4 BW zelfstandig ter inzage gelegd bij het kantoor van de vennootschap. Opname van deze informatie over de werkgelegenheid in het fusievoorstel zelf houdt in dat over het daar geschetste toekomstbeeld ook een besluit worden genomen door de aandeelhouders. Dat ligt anders voor informatie die als toelichting door de betrokken besturen wordt verschaft.

De informatie die wordt gevraagd op grond van het voorgestelde sub b moet worden onderscheiden van het gevraagde sub c. Daar gaat het om informatie over de *procedure* voor de vaststelling van een regeling met betrekking tot de rol van de werknemers ingevolge artikel 16 van de richtlijn. Deze verplichting vinden wij ook terug in artikel 20 van de SE Verordening. Daarmee is bedoeld op de procedure volgens welke wordt bepaald of de nieuwe vennootschap vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in de betekenis die de richtlijn daaraan geeft, kent. Het richtlijnartikel spreekt over de *procedure* voor besluitvorming en gaat derhalve niet over de inrichting van die medezeggenschap zelf. Met medezeggenschap wordt hier bedoeld de medezeggenschap zoals gedefinieerd in de richtlijn en andere Europese instrumenten, dat wil zeggen medezeggenschap die de vorm aanneemt van invloed op de samenstelling van het bestuurs- of toezichthoudend orgaan van de vennootschap. De WOR valt hier dus buiten. De verwijzing naar medezeggenschap «als bedoeld in artikel 333k» is bedoeld om enig misverstand weg te nemen.

Aanvullingen op hetgeen thans in het voorstel moet worden opgenomen, staan tenslotte in artikel 5 lid 1 sub k en l richtlijn. In deze twee gevallen gaat het om preciseringen van de in artikel 2:313 BW, en voor de ruilverhouding van de aandelen in 2:327 BW, gevraagde informatie over de waarderingmethoden en de datum van de jaarrekeningen die worden gebruikt. Dat kan de laatste vastgestelde jaarrekening zijn of de krachtens artikel 2:313 BW door het bestuur op te maken jaarrekening dan wel tussentijdse vermogensopstelling. De waarde van deze door de richtlijn voorgeschreven informatie kan als beperkt worden omschreven nu artikel 2:314 BW al eist dat de jaarrekeningen van de fusierende vennootschappen bij het handelsregister ter inzage worden gelegd. De in het voorstel op te nemen extra informatie zal een summier karakter kunnen hebben.

#### *Artikel 333e*

Artikel 6 van de richtlijn bevat de vereisten rond openbaarmaking van het voorstel. Openbaarmaking is vooral van belang voor de schuldeisers van de fusierende vennootschappen, die gelet op de grensoverschrijdende effecten van de regeling geconfronteerd kunnen worden met een debiteur die na de fusie in het buitenland gevestigd is. Lid 1 van het richtlijnartikel bevat voor openbaarmaking een regeling die al is vervat in artikel 2:314 BW jo, voor de termijn waarbinnen een besluit tot fusie kan worden genomen, 2:317 lid 2 BW. In aanvulling daarop bevat artikel 6 lid 2 van de richtlijn evenals artikel 21 SE Verordening de verplichting om van een aantal gegevens melding te maken in het officiële publicatieblad, bij ons

de *Staatscourant*: rechtsvorm, naam en zetel; het register en het inschrijvingsnummer in dat register; en informatie over de regelingen voor schuldeisers en voor zover van toepassing minderheidsaandeelhouders.

Het voorgestelde artikel eist voor de bij de fusie betrokken vennootschappen onder a vermelding van naam, rechtsvorm en zetel. Gaat het om een Nederlandse deelnemer, dan behelst de naam reeds informatie over de rechtsvorm NV, BV danwel ECV (artt. 2:66/177 BW en art. 5 SCE Verordening). Voor de buitenlandse fusiepartners is dat niet vanzelfsprekend of kan worden gewerkt met (ons) onbekende afkortingen, zodat de eis van vermelding van de rechtsvorm op dat punt meerwaarde kan hebben.

Onder b. wordt gevraagd het inschrijvingsnummer van de fuserende vennootschappen in het nationale register. Op grond van de Eerste richtlijn heeft iedere lidstaat zo'n register, bij ons het Handelsregister.

Gelet op artikel 6 lid 2 sub c van de richtlijn moeten krachtens het voorgestelde onderdeel c. worden vermeld de regelingen volgens welke de rechten van minderheidsaandeelhouders en schuldeisers van de fuserende vennootschappen worden uitgeoefend, met vermelding van het adres waar kosteloos inlichtingen betreffende die regelingen kunnen worden verkregen. Vermelding van deze regelingen, die overigens een algemeen karakter zal kunnen hebben, is aangewezen nu de richtlijn toestaat dat voor grensoverschrijdende fusies bijzondere bepalingen worden ingevoerd die ten doel hebben de minderheidsaandeelhouders respectievelijk de schuldeisers van de fuserende vennootschappen te beschermen. De verwijzing naar informatie voor minderheidsaandeelhouders «in voorkomend geval» ziet op de regelingen die door landen zijn of worden geïntroduceerd met gebruikmaking van artikel 4 lid 2 laatste volzin van de richtlijn. Men zie hierover de toelichting bij het voorgestelde artikel 333h.

Zijn meer Nederlandse vennootschappen betrokken, dan kan worden volstaan met een gezamenlijke advertentie. De wet schrijft niet voor welke van de deelnemers de aankondiging moet doen; het gebruik van het begrip «gezamenlijk» maakt duidelijk dat dit een verantwoordelijkheid is van alle Nederlandse vennootschappen. De Raad van State wees er in zijn advies op dat ook SCE's met zetel in Nederland moeten kunnen volstaan met een gezamenlijke aankondiging. Voor de toepassing van de regels als voorgesteld in de nieuwe afdeling 3a moet onder «vennootschap» zowel de naamloze en besloten als de Europese coöperatieve vennootschap worden verstaan. Dat geldt niet alleen voor artikel 333e, maar voor alle artikelen in de voorgestelde afdeling 3a waar het begrip wordt gehanteerd. Om misverstanden te voorkomen, is in de tekst de toevoeging «naar Nederlands recht» vervangen door «met zetel in Nederland».

#### *Artikel 333f*

Het fusievoorstel gaat vergezeld van een schriftelijke toelichting of verslag van de besturen van de fuserende vennootschappen. Anders dan het fusievoorstel zijn dit documenten die door de besturen afzonderlijk worden opgemaakt. De betrokken vennootschapsbesturen behoeven voor de fusie immers niet dezelfde motieven te hebben. In het verslag komen de gevolgen van de fusie voor de werkzaamheden en een toelichting uit juridisch, economisch en sociaal oogpunt aan de orde. Zoals opgemerkt in de toelichting bij artikel 333e zal het sociale gedeelte in grote lijnen gelijk kunnen zijn aan de toelichting bij de adviesaanvraag aan een ondernemingsraad op grond van artikel 25 WOR of aan een vakorganisatie op grond van artikel 4 SER Fusiegedragsregels 2000. Artikel 2:313 BW gaat

uit van ter beschikking stelling van dit verslag aan de aandeelhouders. Volgens artikel 7 richtlijn dienen ook de werknemersvertegenwoordigers de beschikking te hebben over de toelichting.

Een advies van de ondernemingsraad dat is ontvangen ten minste een maand voordat op het fusievoorstel wordt beslist, wordt krachtens artikel 7 van de richtlijn aan het verslag van het bestuur gehecht. Doel van dit voorschrift is uiteraard dat van dat advies of die opmerkingen kennis kan worden genomen. De Raad adviseerde het voorgestelde artikel 333f aan te vullen met de richtlijn genoemde termijn van één maand. Deze termijn sluit aan bij de eveneens in de richtlijn opgenomen termijn van artikel 6 lid 1 van de richtlijn over het voorleggen van het fusievoorstel aan de aandeelhouders. Deze regeling staat in artikel 2:314 BW. Omdat in Nederland het in artikel 7 bedoelde verslag (al) deel uitmaakt van de stukken die krachtens artikel 2:314 ter inzage liggen (men vergelijk de verwijzing in het voorgestelde artikel 333f naar artikel 2:314 lid 2 BW), en omdat artikel 2:317 bepaalt dat het besluit tot fusie niet eerder kan worden genomen dan na verloop van één maand nadat de nederlegging van het fusievoorstel is aangekondigd, is een expliciete vermelding in het voorgestelde artikel evenmin als in artikel 2:314 BW nodig.

#### *Artikel 333g*

Voor elke fuserende vennootschap moet een accountant als bedoeld in artikel 2:393 BW het voorstel onderzoeken en twee verklaringen afleggen.

De eerste verklaring is geënt op artikel 10 lid 2 van de Derde richtlijn en betreft de voorgestelde ruilverhouding van de aandelen. Bij een fusie krijgen de houders van aandelen in de verdwijnende vennootschappen aandelen in de verkrijgende vennootschap toegekend. Tot 10% van de waarde van de aandelen in de verdwijnende vennootschappen mag in geld worden bijbetaald om aan afrondingsproblemen tegemoet te komen. De accountant moet verklaren of deze ruilverhouding naar zijn oordeel redelijk is. Aandeelhouders kunnen overigens ook tot fusie besluiten indien de accountant de ruilverhouding niet redelijk acht. Artikel 8 van de richtlijn behandelt deze verklaring van de accountant. Inhoudelijk is het voorschrift ontleend aan artikel 10 lid 2 Derde richtlijn, vastgelegd in artikel 2:328 BW; implementatie is dan ook niet nodig. Wel moet een regeling worden getroffen ter uitvoering van de optie van artikel 8 lid 4 richtlijn om het onderzoek en de verklaring omtrent de ruilverhouding achterwege te laten als alle aandeelhouders daarmee instemmen. Het gaat hier zoals blijkt uit de formulering om een optie die toevalt aan de aandeelhouders van de fuserende vennootschappen (en niet aan de lidstaat). Het voorgestelde artikel bepaalt daartoe dat de eerste volzin van artikel 2:328 lid 1 BW buiten toepassing mag blijven als alle aandeelhouders daarmee hebben ingestemd. Bij het uitbrengen van de stemmen gelden de gewone regels over het bepalen van aanwezigheid en het uitoefenen van het stemrecht, bijvoorbeeld artikel 2:24d BW over de uitleg van het quorumvereiste bij een vergadering. De Raad van State heeft opgemerkt dat besluitvorming ook buiten vergadering mogelijk is, bijvoorbeeld krachtens artikel 2:128 BW.

Gaat de aandeelhoudersvergadering akkoord, dan is er ook geen behoefte aan het verslag over de mededelingen van het bestuur inzake de ruilverhouding, zoals opgesomd in artikel 2:327 BW. Daarom wordt ook lid 2 van artikel 2:328 BW buiten werking gesteld. Met «alle» in de richtlijn wordt bedoeld dat in elk van de fuserende vennootschappen de algemene vergadering zich unaniem uitspreekt voor het afzien van de accountantsverklaring. De richtlijn laat geen ruimte voor een meerderheidsbesluit of

een regeling waarbij van een verklaring kan worden afgezien indien slechts één van de algemene vergaderingen van de fusiepartners zulks wenst.

De accountant moet voorts verklaren dat de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennootschappen ten minste overeenkomt met het nominaal gestorte bedrag op de aandelen in de verkrijgende vennootschap vermeerderd met de eventuele bijbetaling in geld dat de aandeelhouders toekomt. Deze regeling van kapitaalbescherming is ingevoerd om te voorkomen dat de eis van stortingsplicht op aandelen in de verkrijgende vennootschap kan worden omzeild. Men vergelijk artikel 2:94b BW. Ontbreekt deze verklaring, dan kan niet tot fusie worden besloten. Deze verplichte verklaring van artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW blijft bestaan.

Voor de vraag of de accountant alleen een natuurlijke of ook een rechtspersoon kan zijn zie OK 29 juni 2005, JOR 2005, 210.

#### *Artikel 333h*

Een besluit tot grensoverschrijdende fusie vereist een meerderheid van ten minste twee derde van de stemgerechtigden, indien minder dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is (art. 2:330 BW). Dat betekent dat minderheidsaandeelhouders geconfronteerd kunnen worden met een fusie waarbij zij aandelen toegekend krijgen in een vennootschap naar (voor hen) vreemd recht. Aandeelhouders kunnen geen garantie doen gelden op ongestoorde voortzetting van hun aandeelhouderschap in de vennootschap waarvoor zij bij verwerving van hun aandelen kozen. Deze kan immers op velerlei wijze een gedaanteverwisseling ondergaan, van statutenwijziging tot fusie, splitsing of omzetting. Een minderheidsaandeelhouder is in geval van grensoverschrijdende fusie echter wel kwetsbaar, in het bijzonder als het gaat om de waardering van zijn aandelen in de fuserende vennootschap in verhouding tot de toe te kennen aandelen in de verkrijgende vennootschap. De vergelijkende waardering van de rechten en verplichtingen – de invloed, zo men wil – van een aandeelhouder in een vennootschap naar het recht van een ander land dan dat van de verdwijnende vennootschap is notoir lastig, zeker als het om een vennootschap gaat waarvan aandelen niet verhandeld worden. Een en ander hangt sterk samen met de – appreciatie van de – voorschriften van dat nationale recht over bijvoorbeeld de voorwaarden voor besluitvorming of rechten als de geschillenregeling of het enquête-recht. De soms weinig benijdenswaardige positie van de minderheidsaandeelhouder komt vooral tot uiting bij de (juistheid van de) ruilverhouding. De fusievoorschriften behelzen weliswaar de inschakeling van een accountant, maar de taak van deze is beperkt tot het onderzoek naar de *redelijkheid* van de ruilverhouding, niet de *juistheid*. Bedacht dient voorts te worden dat de meerderheid tot fusie kan besluiten ook als de ruilverhouding onredelijk is.

De commissie vennootschapsrecht heeft erop gewezen dat bij een fusie tussen Nederlandse rechtspersonen de minderheidsaandeelhouder verschillende rechtsmiddelen ten dienste staan, waaronder het recht van enquête (artt. 2:345 e.v. BW) en het recht om onder bepaalde omstandigheden de fusie aan te tasten (art. 2:323 BW). Het enquêterecht mist evenwel werking bij een grensoverschrijdende fusie indien de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de EU of EER is. Een grensoverschrijdende fusie kan krachtens richtlijnvoorschrift niet worden vernietigd. De commissie adviseerde om gelet op deze bijzondere, van het nationale fusierecht afwijkende, omstandigheden voor de grensoverschrijdende fusie waarbij de verkrij-



gende vennootschap niet een vennootschap naar Nederlands recht is, een vorm van bescherming van de minderheidsaandeelhouders te introduceren. Dit advies is gevolgd. De richtlijn staat aan de introductie van een recht uitsluitend voor grensoverschrijdende fusies niet in de weg. Artikel 4 laat de mogelijkheid open dat gelet op het grensoverschrijdende karakter van de fusie maatregelen worden getroffen met het oog op een passende bescherming van aandeelhouders die zich tegen de fusie hebben verzet, mits, zoals overweging 3 van de richtlijn aangeeft, in proportie tot het doel waarvoor zij gesteld worden en met het oog op het verwezenlijken van bepaalde door het Hof van Justitie geaccordeerde doelen.

De Raad van State adviseerde in te gaan op het onderscheid in de positie van minderheidsaandeelhouders bij nationale en grensoverschrijdende fusie. De Raad meent dat het bij de uitoefening van het uittredrecht door een minderheidsaandeelhouder gaat om een puur zakelijke afweging van de aandeelhouder om het aandeelhouderschap van de verkrijgende vennootschap te beëindigen.

Uitgangspunt van veel regelingen in boek 2 BW is dat binnen de organen van een rechtspersoon de meerderheid de minderheid kan binden. Die minderheid heeft geen ongelimiteerd recht op voortzetting van zijn aandeelhouderschap in een rechtspersoon met een bepaalde structuur indien de meerderheid een andere koers wenst in te slaan. Dat geldt niet alleen bij juridische fusie, maar ook bij splitsing, omzetting, statutenwijziging of vrijwillige voortzetting van de structuurregeling (artikel 2:154 lid 4 BW), steeds besluiten die de structuur van de vennootschap ingrijpend doen wijzigen. In geen van deze gevallen is voor de minderheidsaandeelhouder die zich met het besluit niet kan verenigen een wettelijk uittredrecht voorzien. De noodzaak daartoe is ook niet evident nu boek 2 BW de minderheidsaandeelhouder op veel plaatsen bescherming biedt. Bescherming kan de vorm aannemen van versterkte meerderheidseisen in de verschillende rechtspersonen (zoals bij omzetting, vgl. artikel 2:18 BW), door voorschriften rond bevoegdheden van bijvoorbeeld bestuur en commissarissen (bijvoorbeeld artikel 2:107a of 2:168 BW), door informatieverplichtingen (men denke aan de uitgebreide bepalingen over de inhoud van het jaarverslag van artikel 2:391 BW) en door instrumenten als de geschillenregeling en het enquêterecht. Hoewel dit juridisch vormgegeven rechten zijn, wordt hun belang vooral bepaald door de vraag of zij op een efficiënte en effectieve wijze kunnen worden uitgeoefend, bijvoorbeeld doordat de toegang tot een deskundige rechter verzekerd is. De Raad stelt terecht dat een minderheidsaandeelhouder bij zijn besluit tot aan- of verkoop van zijn aandelen zich mede, of zelfs in belangrijke mate, zal laten leiden door de (economische en wellicht ook emotionele) waarde die hij aan deze rechten toekent. Een en ander wordt geïllustreerd door de criteria die zogenoemde *rating agencies* hanteren bij het bepalen van het *corporate governance* klimaat in een land.

Dit systeem wordt doorbroken indien de grensoverschrijdende fusie resulteert in het aandeelhouderschap van een verkrijgende vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie. Daarmee is geen oordeel gegeven over het *niveau* van bescherming in andere landen; slechts wordt vastgesteld dat het een *andere* regeling betreft. Voor deze vorm van grensoverschrijdende fusie is het uittredrecht voorzien. Indien de grensoverschrijdende fusie resulteert in een verkrijgende vennootschap naar Nederlands recht, bestaat het recht evenmin. Men zie het voorgestelde lid 1.

Het ontbreken van het enquêterecht bij de verkrijgende vennootschap naar buitenlands recht zal voor de minderheidsaandeelhouder aanleiding kunnen zijn om – met gebruikmaking van datzelfde recht ten aanzien van

de verdwijnende vennootschap – de merites van de fusie en dan vooral de ruilverhouding aan het rechterlijk oordeel te doen onderwerpen. Daarvan zijn uit het recente verleden ook verschillende voorbeelden bekend. Het enquêterecht is evenwel een kostbaar en soms veel tijd vergend middel om problemen rond de ruilverhouding aan de orde te stellen. Bovendien zullen de maatregelen die na het oordeel «wanbeleid» door de Ondernemingskamer kunnen worden getroffen, geen doel treffen voor zover de fusie inmiddels een feit is. Tenslotte zijn de maatregelen die de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:356 BW kan treffen vooral gericht op het herstel van de verhoudingen binnen de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Men denke aan het ontslag van bestuurders of het benoemen van een tijdelijke commissaris.

Eenvoudiger is het wanneer de minderheidsaandeelhouder een schadeloosstelling ontvangt die overeen stemt met de waarde van zijn aandeel in de verdwijnende vennootschap. Daartoe is in het voorgestelde artikel in lid 1 een recht op schadeloosstelling opgenomen voor aandeelhouders die zich tegen de fusie verzetten. Artikel 2:71/181 BW kent een soortgelijke regeling wanneer een naamloze of besloten vennootschap zich omzet in een vereniging, stichting of coöperatie. Men zie voorts artikel 2:320 BW over bijzondere rechten jegens een verdwijnende vennootschap. Het recht komt uitsluitend toe aan de minderheidsaandeelhouder die tegen de fusie heeft gestemd. De wet vermeldt met zoveel woorden dat het moet gaan om een tegenstem; anders dan in bijvoorbeeld artikel 2:71 BW kan het verzoek tot schadeloosstelling niet worden gedaan door aandeelhouders die bij de stemming afwezig waren of zich onthouden hebben van stemming. Die verruiming is bij omzetting in een andere rechtspersoon indertijd gekozen met als argument dat de aandeelhouder in het kapitaal van de vennootschap bij ontbinding en vereffening zijn aandeel terugbetaald krijgt, en deze aanspraak de aandeelhouder zonder diens toestemming niet behoort te worden ontnomen. Bij een juridische fusie is omzetting in een andere rechtspersoon dan een kapitaalvennootschap evenwel niet mogelijk: men zie artikel 2:310 BW en het voorgestelde artikel 333c. Ik meen dat van een minderheidsaandeelhouder verlangd mag worden dat hij, indien hij een recht wil doen laten gelden op schadeloosstelling, zijn stem heeft laten horen ten aanzien van het fusievoorstel. Met de mogelijkheden tot elektronische communicatie (men zie ook de Wet van 20 oktober 2006 tot wijziging van boek 2 BW ter bevordering van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij de besluitvorming in rechtspersonen, Stb. 525) en volmachtverlening legt deze eis geen onevenredige last op de minderheidsaandeelhouder. Of de aandeelhouder die een verzoek indient daadwerkelijk tegen de fusie heeft gestemd, kan worden afgeleid uit de notulen; niet ongebruikelijk is dat een aandeelhouder uitdrukkelijk aantekening vraagt van zijn stemwijze. Bij *proxy solicitation* zijn de steminstructies beschikbaar.

Het verzoek moet binnen een maand nadat het fusiebesluit is genomen, worden gericht tot de vennootschap. Voor deze korte termijn is gekozen om de procedure zo mogelijk te laten afwikkelen door de verdwijnende vennootschap voordat de fusie een feit is. De minderheidsaandeelhouder behoeft zijn verzoek tot schadeloosstelling niet te motiveren, anders dan hij al heeft gedaan door tegen de fusie te stemmen.

De afwikkeling geschiedt in beginsel in der minne; de vennootschap en de aandeelhouder komen een schadeloosstelling overeen. De schadeloosstelling zal gebruikelijk worden vastgesteld op het bedrag dat de tegenwaarde vormt voor de aandelen van de minderheidsaandeelhouder in de verdwijnende vennootschap op het moment dat de ruilverhouding bekend wordt. Dat is het moment van neerlegging van het fusievoorstel als bedoeld in artikel 2:314 BW. De schadeloosstelling kan, maar behoeft niet

geheel overeen te stemmen met de tegenwaarde van de ruilverhouding in geld. Het zou te ver gaan indien van een minderheidsaandeelhouder die tegen de fusie stemt, wordt geëist dat hij één van de onderdelen van die fusie – de ruilverhouding, die mede is bepaald door de intrinsieke waarde en rentabiliteit van de fusiepartner en de verwachting rond winstgevendheid van de verkrijgende vennootschap – onverkort tegen zich laat gelden. De regeling spreekt niet over schadevergoeding; schade die de aandeelhouder stelt te hebben geleden door het «verlies» van zijn aandelen in de verdwijnende vennootschap wordt niet verstaan onder de schadeloosstelling als bedoeld in het voorgestelde artikel. Geschillen over de vraag of de waarde van de aandelen in de verdwijnende vennootschap is beïnvloed door de fusieplannen of bepaalde contractuele voorschriften (bekend is het non-concurrentiebeding tussen aandeelhouders) horen in deze relatief eenvoudige procedure niet thuis. Goed denkbaar is dat de verdwijnende vennootschap bij de vermelding van de gegevens bedoeld in artikel 333 e vermeldt wat de schadeloosstelling naar haar oordeel zal inhouden.

Komen partijen niet tot een regeling, dan kan een beroep worden gedaan op de in het voorgestelde lid 2 vervatte mogelijkheid om deskundigen te doen benoemen die de hoogte van de schadeloosstelling bepalen. De regeling laat open op wiens verzoek de deskundigen worden benoemd; dat kan derhalve ook de (verdwijnende) vennootschap zijn. Bevoegd is de voorzitter van de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam. De voorzitter is eveneens bevoegd met betrekking tot vergelijkbare kwesties, zoals de aanwijzing van een accountant bij fusie (art. 2:328 lid 3 BW) en splitsing (art. 2:334aa BW).

Een nadeel van dit soort procedures is dat de aandeelhouders van de overige fusiepartner(s) rechtstreeks in hun belang worden getroffen. Dat klemt vooral bij uit het buitenland bekende procedures die kunnen leiden tot een aanpassing van de ruilverhouding. Naar Nederlands recht is een van de rechtsgevolgen van de juridische fusie dat de verkrijgende rechtspersoon de procespositie inneemt van de verdwijnende (zie o.a. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 80). Rechtsgedingen plegen op naam van de rechtsopvolger te worden voortgezet; deelname van de oorspronkelijke partij is niet vereist. De ruilverhouding van de aandelen is evenwel een zo kenmerkend onderdeel van de besluitvorming rondom fusie dat onzekerheid ontstond over de vraag of een gerechtelijke uitspraak die aanpassing van de ruilverhouding zou moeten leiden, onder alle omstandigheden in andere betrokken landen zou worden erkend en ten uitvoer gelegd, te meer waar de grensoverschrijdende fusie krachtens richtlijnvoorschrift niet nietig kan worden verklaard. Artikel 10 lid 3 van de richtlijn bepaalt voor deze gevallen dat procedures strekkende tot wijziging van de ruilverhouding of compensatie van minderheidsaandeelhouders grensoverschrijdend alleen rechtsgevolgen hebben indien zulks door de fuseerende vennootschappen uitdrukkelijk wordt erkend, en wel doordat daartoe bij het fusievoorstel uitdrukkelijk wordt besloten door (het bevoegde orgaan van) elk der overige fuserende vennootschappen. De richtlijn spreekt in dit verband over de fuserende vennootschappen afkomstig uit landen waar niet in die procedure is voorzien. De frase «bij de goedkeuring van het voorstel» in de richtlijn betekent dat het moet gaan om een afzonderlijk besluit van de fuserende vennootschappen. Wijst één der vennootschappen deze werking van de nationale procedure af, dan blijft de procedure zonder rechtsgevolgen voor de verkrijgende vennootschap. Aldus kan een eventuele beslissing van de rechter niet ten opzichte van de verkrijgende vennootschap ten uitvoer worden gelegd.

Zonder nadere regeling zou dat betekenen dat in bepaalde gevallen de verkrijgende vennootschap niet zal kunnen worden aangesproken tot nakoming van de afspraken rond de schadeloosstelling. Te zelfder tijd

moet worden onderkend dat het niet in alle gevallen mogelijk zal zijn om de schadeloosstelling door de verdwijnende vennootschap te laten afwikkelen. Daarom wordt in de wet een keuze opgenomen. De fusie zal doorgang kunnen vinden als óf de schadeloosstelling is geregeld óf elke overige fuserende vennootschap verklaart dat deze zich – en daarmee de verkrijgende vennootschap – gebonden acht aan het resultaat van de procedure. Daarmee wordt bereikt dat de fusie desgewenst snel doorgang kan vinden en de minderheidsaandeelhouders deze niet nodeloos kunnen ophouden. Van het invoeren van andere waarborgen, zoals het stellen van zekerheid door de verdwijnende vennootschap (men vergelijk de regeling bij schuldeiserverzet in artikel 2:316 BW) is afgezien nu de richtlijn de erkenning van dergelijke zekerheden in verband met bescherming van minderheidsaandeelhouders na de fusie door de richtlijn in twijfel wordt getrokken.

Stemmen de fuserende vennootschappen niet in met de overname van de verplichtingen voortvloeiend uit de procedure op de verkrijgende vennootschap, dan moet de schadeloosstelling worden afgewikkeld voordat de fusie een feit is. Een complicatie is dat het van kracht worden van de fusie bij een vennootschap met zetel in het buitenland afhankelijk is van de bepalingen van dat zeteland. Men vergelijk het voorgestelde artikel 333j lid 1. Anders dan bij nationale fusie, waar het verlijden van de akte houdende fusie en daarmee het van kracht worden van de fusie afhankelijk kan worden gesteld van de vervulling van bepaalde voorwaarden – men zie bijvoorbeeld artikel 2:316 lid 4 BW – mist de wetgever hier rechtsmacht. Daarom is aangesloten bij de het moment waarop duidelijk is of is voldaan aan de voorwaarden waaronder de Nederlandse fuserende vennootschap aan die fusie kan deelnemen. Dat is het moment van afgifte van de notariële akte, in richtlijntermen het attest, van artikel 10 richtlijn en het voorgestelde artikel 333i. Artikel 333i lid 4 bepaalt dat de notaris het attest slechts mag afgeven als hij er zich van overtuigd heeft dat de schadeloosstelling is afgewikkeld of alle fuserende vennootschappen hebben verklaard dat de verkrijgende vennootschap voor de schadeloosstelling zal kunnen worden aangesproken. Men zie verder de toelichting op dat artikel hieronder.

Wordt de schadeloosstelling betaald, dan is sprake van een met intrekking van aandelen en terugbetaling te vergelijken figuur. De aandelen die krachtens het fusievoorstel zouden zijn toegekend aan de betrokken minderheidsaandeelhouder, kunnen niet gehandhaafd blijven. Tegenover deze aandelen staat immers niet langer een vermogen in de vorm van de (waarde van de) aandelen in de verdwijnende vennootschap. Het voorgestelde lid 3 bepaalt dan ook dat de aandelen die door de minderheidsaandeelhouder worden gehouden, vervallen op het moment dat de fusie van kracht wordt. Met dit tijdstip wordt aangesloten bij het moment waarop de overige aandelen in de verdwijnende vennootschappen van rechtswege worden omgezet in aandelen in de verkrijgende vennootschap.

Ook de houder van een certificaat van aandeel als bedoeld in artikel 2:118a lid 1 BW kan tegen het fusievoorstel stemmen. Een dergelijke certificaathouder komt op grond van de leden 2 tot en met 4 van dat artikel thans in bepaalde gevallen al stemrecht toe.

De commissie vennootschapsrecht kan zich met de voorgestelde uitwerking verenigen. Zij heeft er in haar advies op gewezen dat de schadeloosstellingregeling kan leiden tot een hogere betaling in geld aan minderheidsaandeelhouders dan 10% van het nominale bedrag van de aandelen, maar acht dat niet bezwaarlijk.

Artikel 2:318 lid 1 BW bepaalt dat een fusie van kracht wordt met ingang van de dag na die waarop de notariële akte houdende fusie wordt verleden. Deze regel kan geleet op het bepaalde in artikel 12 van de richtlijn behouden blijven voor alle gevallen waarbij de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar Nederlands recht is. Is die verkrijgende vennootschap een vennootschap naar buitenlands recht, dan geldt als tijdstip van het van kracht worden van de fusie de datum genoemd in de betreffende buitenlandse regelgeving. Dat is ook het tijdstip waarop de in artikel 2:311 BW bepaalde rechtsgevolgen intreden. Omdat deze rechtsgevolgen voor de verschillende fuserende vennootschappen niet op een verschillend moment gelegen kunnen zijn – de Derde richtlijn spreekt over «van rechtswege» en «gelijktijdig», de richtlijn verwijst naar «de» datum van het van kracht worden van de fusie – geldt dat afwijkende tijdstip dan ook voor de Nederlandse fuserende vennootschappen. Om verwarring voor de Nederlandse fuserende vennootschappen te voorkomen, wordt deze afwijking van de algemene regel neergelegd in lid 1.

Het toezicht op de rechtmatigheid van de fusie valt in het stelsel van de richtlijn in twee delen uiteen: het voorbereidende deel dat betrekking heeft op de fuserende vennootschappen en het besluitvormende deel dat betrekking heeft op de fusie zelf. Voor beide delen van het toezicht moet apart een «attest» worden afgegeven. Deze opzet vinden wij ook terug in de artikelen 25 en 26 van de SE Verordening. In de uitvoeringswet (Wet van 17 maart 2005, Stb. 150, artikel 20) is te dien aanzien bepaald dat de notaris voor een Nederlandse fuserende vennootschap moet verklaren dat aan alle voor de fusie vereiste voorschriften alsmede de overige wettelijke en statutaire vereisen is voldaan. Bij een fusie met een andere Nederlandse vennootschap gebeurt dat aan de voet van de fusieakte. In het geval van een grensoverschrijdende fusie hangt het van de gekozen rechtsvorm voor de verkrijgende vennootschap af of die controle in Nederland dan wel daarbuiten plaatsvindt; is de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar buitenlands recht, dan gelden ten aanzien van het toezicht op de fusiehandeling de voorschriften van dat land. Uit een overzicht dat ter beschikking is gesteld door de Europese Commissie blijkt dat in verschillende landen het toezicht op de voorbereidende fase is opgedragen aan een registerende instantie en op de besluitvorming aan een gerechtelijke instantie. De richtlijn maakt het noodzakelijk artikel 2:318 lid 2 BW voor grensoverschrijdende fusies buiten werking te stellen. In plaats daarvan brengt het voorgestelde artikel een splitsing aan.

Krachtens het voorgestelde lid 3 verklaart een notaris voor de fuserende Nederlandse vennootschappen dat is voldaan aan de formaliteiten die betrekking hebben op de voorbereidende fase van de fusie. Men denke aan het fusievoorstel en toelichting, de accountantsverklaring en de inzage- en openbaarmakingverplichtingen. Deze verklaring is vervat in een notariële akte. Voor de buitenlandse fuserende vennootschappen zal eveneens een dergelijk attest worden afgegeven in de vorm die daar nationaal is bepaald. De verklaring brengt met zich dat de notaris de rechtshandelingen moet nalopen, maar van hem wordt geen inhoudelijke toetsing verlangd. Men vergelijk hierover Kamerstukken I 1982/83, 16 453, nr. 43 op p. 3.

Lid 4 hangt samen met de bescherming van de minderheidsaandeelhouders als vervat in het voorgestelde artikel 333h. De notaris moet zich ervan vergewissen dat geen verzoek om schadeloosstelling is gedaan of dat dat verzoek al is afgedaan. Daarbij zal hij kunnen (en moeten) afgaan op de informatie die de verdwijnende vennootschap hem verstrekt, bijvoorbeeld blijkend uit het gegeven dat een maand is verstreken zonder

dat een verzoek is ontvangen, overlegging van een schriftelijke mededeling van de minderheidsaandeelhouders dat zij van het recht afzien of het overleggen van de overeenkomst en de betalingsbewijzen. Ook bij een 100% dochter is er geen probleem. Is een verzoek nog niet afgewikkeld, dan zal de notaris de akte slechts kunnen opmaken als naar zijn genoegen afschriften zijn overgelegd van de besluiten van alle fuserende vennootschappen (ook de buitenlandse) waarin men zich voor de verkrijgende vennootschap bindt aan de uitkomst van de procedure tot schadeloosstelling. Voor het geval dat de fusie doorgang heeft gevonden zonder dat de schadeloosstelling is afgewikkeld, betekent dit dat de minderheidsaandeelhouder op het moment van fusie een vorderingsrecht krijgt op de verkrijgende vennootschap als rechtsopvolger van de verdwijnende vennootschap. De verkrijgende vennootschap is gebonden op grond van het bepaalde in artikel 333i lid 4. De formulering «moet voldoen» is ontleend aan artikel 2:320 lid 1 BW, waar eveneens sprake is van «een gelijkwaardig recht of schadeloosstelling moet[en] krijgen» van de verkrijgende vennootschap.

Lid 5 bestrijkt de besluitvormende fase en is alleen relevant als de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar Nederlands recht is. De verklaringen over de voorbereidende fase zijn dan afgelegd, zodat de verklaring van de notaris zich kan beperken tot kennisneming van de afgelegde verklaringen en hetgeen wordt gevorderd door artikel 11 lid 1 en 2 van de richtlijn. Door toepassing van artikel 2:318 lid 1 BW j°. het voorgestelde lid 3 voor die gevallen waarin de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar Nederlands recht is (in het andere geval komt men aan de fase van lid 5 niet toe) wordt bereikt dat de verklaringen ten aanzien van de voorbereidende fase die aan de notaris worden overgelegd, niet ouder zijn dan zes maanden. Tot de informatie die de notaris moet verifiëren, behoort bij toepassing van het voorgestelde artikel 333k het bestaan van een overeenkomst over de rol van de werknemers, het besluit tot toepassing van de referentievoorschriften of om af te zien van onderhandelingen over medezeggenschap, alsmede de neerlegging van eventuele medezeggenschapsbepalingen in de statuten van de verkrijgende vennootschap. Bij de SE, waar inschrijving een constitutief vereiste is, is deze taak weggelegd voor de Kamers van Koophandel.

Over de rechtsgevolgen van de fusie handelt artikel 14 richtlijn. De leden 1 en 2 zijn al vastgelegd in artikel 2:311 BW. Lid 3 is geregeld in artikel 2:318 lid 4 BW terwijl lid 5 inhoudt dat de verkrijgende vennootschap geen eigen aandelen worden toegekend in ruil voor de door deze gehouden aandelen in de verdwijnende vennootschap. Men vergelijk artikel 2:95 en 2:205 BW die bepalen dat de vennootschap geen eigen aandelen kan/mag nemen. Ook die regel is al opgenomen in de bestaande fusiewetgeving, te weten in artikel 2:325 lid 4 BW. Het artikel behoeft daarmee geen omzetting.

Artikel 14 lid 4 richtlijn bevestigt dat (ook) de rechten en verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan met de verdwijnende vennootschappen, van rechtswege overgaan op de verkrijgende vennootschap. Deze richtlijnbevestiging behoeft geen zelfstandige omzetting nu de fusie van titel 7 geen contractuele verhouding betreft, waarop de artikelen 7: 662 en volgende BW van toepassing zouden kunnen zijn, maar een overgang onder algemene titel van alle rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de wet.

#### *Artikel 333j*

Artikel 13 richtlijn behandelt de inschrijving van de fusie in het register, naast het bekendmaken van de fusie in de registers van de verdwijnende

rechtspersoon of rechtspersonen. Artikel 14 lid 3 bepaalt dat de formaliteiten ten aanzien van de overgang van zaken worden verricht door de verkrijgende vennootschap. In Nederland wordt inschrijving in het register beheerst door artikel 2:318 BW. Krachtens de leden 3 en 4 van dat artikel rusten de inschrijvingen informatieverplichtingen op de rechtspersoon. Daarbij gaat het ook om gegevens betreffende onroerende zaken die gelet op de overgang onder algemene titel eigendom zijn geworden van de verkrijgende rechtspersoon.

Het voorgestelde artikel voegt ter uitwerking van artikel 13 richtlijn toe dat (de beheerder van) het Handelsregister aan het register waar de buitenlandse fuserende vennootschappen waren ingeschreven, mededeling doet van de fusie. Het Handelsregister moet dan beschikken over informatie met betrekking tot de inschrijving van de verdwenen vennootschappen. Voor buitenlandse deelnemers is die informatie al voorhanden op basis van het voorgestelde artikel 333e. Voor de Nederlandse fuserende vennootschappen is deze mededeling gelet op het bepaalde in artikel 2:318 lid 3 BW overbodig. De informatie moet volgens de richtlijn onverwijld worden verschaft; dat zal in het algemeen betekenen dat het register er naar zal moeten streven de informatie binnen een maand na fusie te hebben aangeboden aan de overige registers. Gelet op de steeds voortschrijdende digitalisering van de registers is dat niet bezwaarlijk.

#### *Artikel 333k*

Uitgangspunt van de richtlijn is dat de vraag naar rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap wordt beheerst door het recht van het land van de verkrijgende vennootschap. Is dat een vennootschap naar Nederlands recht, dan gelden de voorschriften van artikel 2:152/262 en volgende BW. Is dat een vennootschap naar buitenlands recht, dan gelden de daar bestaande voorschriften, voor zover aanwezig. De richtlijn spreekt in dit verband over voorschriften «in voorkomend geval». Is de verkrijgende vennootschap afhankelijke maatschappij van een structuurvennootschap, een vennootschap bedoeld in artikel 2:155/265 BW of een persoon als omschreven in artikel 2:155a/265a BW – hetgeen zich kan voordoen bij fusie door overname door de Nederlandse vennootschap – dan is ruimte voor toepassing van de vrijstellingregeling van artikel 2:153/263 lid 3 BW danwel de verzwakte regeling van artikel 2:155/155a of 2:265/265a BW. Ook in dat geval is toepassing van de Nederlandse medezeggenschapsregeling verzekerd. Deze in lid 1 van artikel 16 richtlijn neergelegde hoofdregel behoeft geen implementatie. Wel moet worden verduidelijkt dat de regeling in artikel 16 ziet op rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap, gedefinieerd als het recht om invloed uit te oefenen op de samenstelling van het bestuurs- of toezichthoudend orgaan. Deze definitie staat al in artikel 1:1, eerste lid sub n van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (Kamerstukken II 2005/06, 30 386, nr. 1–3). Het voorgestelde lid 1 verwijst naar die definitie.

In twee gevallen maakt de richtlijn een uitzondering op de toepassing van het nationale recht en moet een eigen stelsel van regels over onderhandeling en besluitvorming worden gevolgd. De tweedeling kwam voort uit de wens van de lidstaten om de fusie van kleinere vennootschappen – gedefinieerd als vennootschappen met niet meer dan 500 werknemers – niet onnodig te belasten met ingewikkelde en tijdrovende medezeggenschapsregelingen, zonder evenwel in de situatie te geraken dat medezeggenschap in een kleinere fusiepartner verloren gaat enkel omdat de verkrijgende vennootschap wordt gevestigd in een land dat geen medezeggenschap kent, waardoor de regeling van artikel 16 lid 1 zonder waarde zou zijn. In het geval dat bij een van de fuserende vennootschappen gemiddeld meer dan 500 werknemers werkzaam zijn én de

vennootschap rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap kent, moet steeds onderhandeld worden, tenzij de algemene vergadering van aandeelhouders van iedere fuserende vennootschap besluit zich te verlaten op de referentievoorschriften of de bijzondere onderhandelingsgroep besluit zich te verlaten op de medezeggenschapsregelingen in het vestigingsland. Men zie de toelichting bij de leden 3 en 4.

De tweede uitzondering heeft betrekking op het geval dat het recht van het vestigingsland van de verkrijgende vennootschap niet hetzelfde niveau van medezeggenschap kent als het niveau dat van toepassing is op (één van) de fuserende vennootschappen of werknemers van vestigingen in andere lidstaten niet dezelfde rechten tot uitoefening van medezeggenschap hebben. Om de vergelijking van het niveau van medezeggenschap te kunnen maken, moet worden gekeken naar het aantal benoemingen in het bestuur of toezichthoudend orgaan waarop de werknemers invloed kunnen uitoefenen. Als op grond van die vergelijking sprake is van een inperking van medezeggenschapsrechten moet eveneens uitvoering worden gegeven aan het richtlijnstelsel. Directe benoemingsrechten worden volgens de definitie van medezeggenschap in artikel 2 sub k richtlijn rol werknemers gelijkgesteld met rechten om invloed op die benoeming uit te oefenen, bijvoorbeeld door een aanbevelingsrecht. Een recht op *aanbeveling* ten aanzien van *alle* leden van een raad van commissarissen als bedoeld in artikel 2:158 lid 5 BW gaat derhalve vóór op een recht tot *benoeming* van de helft. Een onlangs door de Europese Commissie in het kader van de implementatie van de regelingen voor de Europese vennootschap en de Europese coöperatieve vennootschap vervaardigd overzicht van vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsstructuren laat zien dat alleen in Nederland een regeling *alle* commissarissen bestrijkt. Dat betekent dat bij een fusie tussen vennootschappen met een medezeggenschapsstelsel de vergelijking van zeggenschapsniveaus in het voordeel van Nederland zal uitvallen. De situatie beschreven in artikel 16 lid 2 onder a, waardoor onwenselijk verlies van medezeggenschap in de kleinere vennootschap zou optreden, doet zich bij een Nederlandse vennootschap als verkrijgende vennootschap derhalve niet voor indien op die verkrijgende vennootschap de structuurregeling van toepassing is. Dat brengt met zich dat Nederland aan de tweede uitzondering, neergelegd in artikel 16 lid 2 onder b, niet toekomt. In het voorgestelde lid 2 is dit neergelegd onder b. De structuurregeling kan van toepassing zijn krachtens de voorschriften van artikel 2:153/263 BW of omdat de verkrijgende vennootschap daarvoor vrijwillig kiest met gebruikmaking van artikel 2:157/267 BW. Aldus kan een verkrijgende vennootschap door vrijwillige toepassing van de structuurregeling desgewenst onderhandelingen vermijden. Daartegen bestaat geen bezwaar nu op die manier de medezeggenschap van werknemers feitelijk en op een – zeker in de Europese verhoudingen – hoog niveau wordt verzekerd. Alleen wanneer één van de fusiepartners een vennootschap met meer dan 500 werknemers is, moet altijd onderhandeld worden.

Op grond van het voorgestelde lid worden in de gevallen, bedoeld in lid 2, de voorschriften voor de vaststelling van medezeggenschapsregelingen in de verkrijgende vennootschap zoals vervat in de genoemde artikelen van (hoofdstuk 1 van) de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen op overeenkomstige wijze toegepast.

Kort samengevat houden deze voorschriften in dat de medezeggenschap van de werknemers in de vennootschap vorm krijgt in een overeenkomst. Over de overeenkomst wordt door de fuserende vennootschappen onderhandeld met een zogenoemde bijzondere onderhandelingsgroep waarvan de samenstelling representatief is voor de werknemers die werkzaam zijn in de ondernemingen die tot de verkrijgende vennootschap gaan behoren. De artikelen 1:7 tot en met 1:10 van de Wet rol werknemers bij Europese



rechtspersonen regelen de instelling, samenstelling en verkiezing van de leden van de bijzondere onderhandelingsgroep. De voorschriften voor de onderhandelingen (denk aan informatieverstrekking, besluitvorming in de bijzondere onderhandelingsgroep en de start en de duur van de onderhandelingen) zijn vervat in de artikelen 1:11, 1:12, 1:14 leden 1 tot en met 3 onder a en lid 4, 1:16 en 1:17. Artikel 1:18 lid 1 onder a, h, i en j, 3 en 6 van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen regelen de inhoud van de overeenkomst.

Wanneer de onderhandelingen niet tot een overeenkomst leiden, gelden zogenoemde referentievoorschriften. Voorschriften over de toepasselijkheid van de referentievoorschriften zijn opgenomen in de artikelen artikel 1:20 en 1:21 lid 2 onder a, lid 4 en 5 van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen. Artikel 1:31 lid 2 van die wet bevat de referentievoorschriften als zodanig. De artikelen 1:4 tot en met 1:6, 1:26 lid 3 en de artikelen 7:670 lid 4 en lid 11 en 7:670a lid 1 BW bevatten algemene bepalingen, waaronder een regeling van de rechten en verplichtingen van vertegenwoordigers van de werknemers, van beroep op de rechter, de verhouding tot andere wetgeving en geheimhouding alsmede een (in het BW geregeld) verbod tot opzeggen van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die lid is van een bijzondere onderhandelingsgroep.

In de richtlijn is de aandeelhouders de bevoegdheid gegeven om af te zien van onderhandelingen over medezeggenschap en – ongeacht de wensen van de werknemers(vertegenwoordigers) – toepassing te geven aan de referentievoorschriften voor medezeggenschap, bedoeld in artikel 1:31 van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen. Deze bepaling vinden wij niet terug in de SE Verordening; zij is het gevolg van de eerste ervaringen met de SE waarbij is opgemerkt dat ter bespoediging van de fusie de aandeelhouders rechtstreeks voor toepassing van de referentievoorschriften moeten kunnen kiezen. De opzet waarborgt dat deze keuze niet onnodig tot verlies van medezeggenschap leidt. De grens voor de toepassing van medezeggenschapsregelingen is opgetrokken. In de SE moet een (door de eerder genoemde vergelijking van niveau's te bepalen) vorm van medezeggenschap worden ingevoerd als ten minste 25% van het totale aantal werknemers van de verkrijgende vennootschap medezeggenschap genoot. In deze regeling is dat 33 1/3%.

Het besluit om af te zien van onderhandelingen moet worden genomen door de algemene vergadering van iedere fuserende vennootschap. Een soortgelijk voorschrift geldt voor de aanvaarding van de medezeggenschapsvorm die uiteindelijk door onderhandelingen tot stand kan komen (art. 9 lid 2 richtlijn). De ratio van deze voorschriften is dat de aandeelhouders zich moeten kunnen verenigen met de uiteindelijke inrichting van de vennootschap en de eventuele invloed van werknemers op die inrichting door bestuurs- of toezichthouderbenoemingen of -kandidaatstellingen.

Ook de bijzondere onderhandelingsgroep kan besluiten om af te zien van onderhandelingen. In dat geval gelden niet de referentievoorschriften, maar de regels van het land van vestiging, ongeacht aard en vorm van die regels. Dat betekent dat bij vestiging in Nederland de structuurregeling van toepassing kan worden, inclusief de inlooptijd van drie jaar als vervat in artikel 2:153/263 BW.

Indien de structuurregeling toepassing vindt, volgt uit de wet dat de statuten van de verkrijgende vennootschap de met de regeling gemoeide inrichting van de vennootschap bevatten. De medezeggenschapsvorm die tot stand komt bij toepassing van onderhandelingen kan afwijken van de hier te lande bekende uitwerking. De wet biedt dan geen aanknopingspunt voor inhoud of reikwijdte van de overeengekomen regeling. Ook kan de

notaris in dat geval niet controleren of is voldaan aan alle formele voorschriften voor de fusie. Hij moet daarop toezien krachtens het bepaalde in artikel 11 lid 1 richtlijn en doet dat door de verklaring aan de voet van de akte houdende fusie bedoeld in het voorgestelde artikel, die weer is geënt op artikel 2:318 lid 2 BW. Het voorgestelde lid 5 bepaalt daarom dat overeengekomen of anderszins van toepassing zijnde vennootschappelijke medezeggenschap wordt neergelegd in de statuten van de verkrijgende vennootschap, indien dit een vennootschap naar Nederlands recht is. Met deze regeling wordt tevens uitwerking gegeven aan de toepassing van artikel 12 SE Verordening, volgens welke inschrijving van een SE (lees hier: van de uit de fusie voortkomende verkrijgende vennootschap) niet mogelijk is voordat, kortweg, is voldaan aan de regeling met betrekking tot de vaststelling van eventuele medezeggenschap.

In artikel 9 lid 2 richtlijn wordt voorgeschreven dat de algemene vergadering zich het recht kan voorbehouden om de fusie geen doorgang te laten vinden indien een meerderheid van de aandeelhouders zich niet kan verenigen met de rol van de werknemers die het resultaat van de onderhandelingen is of met de toepassing van de hierboven beschreven medezeggenschapsvoorschriften op grond van artikel 16 van de richtlijn. Zijn de onderhandelingen afgerond voordat het fusievoorstel bekend wordt, dan rijzen geen problemen. De statuten van de verkrijgende vennootschap, die gelet op artikel 2:312 lid 2 onder b BW deel uitmaken van het fusievoorstel, kunnen dan de met de werknemers overeengekomen of krachtens de wet toepasselijke regeling bevatten. Voorstelbaar is echter dat op het moment waarop de aandeelhouders besluiten over het fusievoorstel, de statuten nog geen neerlegging bevatten van de afspraken met de werknemersvertegenwoordigers. De onderhandelingen over de medezeggenschapsvorm kunnen immers geruime tijd in beslag nemen. De tijd tussen het neerleggen van het fusievoorstel, het besluit en de datum waarop de fusie een feit wordt (artikel 2:318 BW noemt een termijn van ten hoogste zes maanden) kan worden benut om tot overeenstemming te komen. Ook dan moet de algemene vergadering over de resultaten van die onderhandelingen kunnen oordelen. Het voorgestelde lid 6 bepaalt daartoe dat de algemene vergadering het van kracht worden van de fusie afhankelijk *kan* stellen van haar goedkeuring van de eventuele medezeggenschapsregeling. Is de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar Nederlands recht, dan wordt de fusie van kracht op de dag na het verlijden van de akte. Bij een verkrijgende vennootschap naar buitenlands recht geldt de datum waarnaar het op die verkrijgende vennootschap van toepassing zijnde recht verwijst. De aandeelhouders zijn gerechtigd, doch niet verplicht om over een medezeggenschapsregeling afzonderlijk te beslissen. Indien zij dat wensen, kunnen zij van dit recht afzien en in dat kader ook het bestuur machtiging verlenen om nadat het fusiebesluit is genomen wijzigingen aan te brengen in de statuten die het gevolg zijn van de dan inmiddels bereikte overeenstemming. Dan behoeft geen nieuwe algemene vergadering bijeen te worden geroepen. Deze regeling is gebaseerd op artikel 2:330 lid 3 BW.

Lid 7 is de implementatie van artikel 16 lid 6 van de richtlijn. Dit artikellid bevat een anti-misbruikbepaling. Door de onderhandelingen of de toepassing van de referentievoorschriften kan het voorkomen dat de verkrijgende vennootschap een vorm van vennootschappelijke medezeggenschap kent die in de wetgeving van het land van de zetel van de verkrijgende vennootschap niet is opgenomen. Bij een opvolgende juridische fusie zouden de fuserende vennootschappen wederom kunnen kiezen voor een nieuwe vennootschap, waarbij zij op grond van de nationale wetgeving niet gehouden behoeven te zijn tot toepassing van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap.

In de Derde richtlijn is in artikel 22 een groot aantal beperkingen opgelegd aan de nietigheid of vernietiging van fusies. Vernietiging doet de rechtsgevolgen van een overeenkomst met terugwerkende kracht vervallen; bij nietigheid wordt de overeenkomst geacht nooit te hebben bestaan en zijn de met de rechtshandeling beoogde rechtsgevolgen nimmer ingetreden. De rechtshandeling die is verricht in strijd met een dwingende wetsbepaling die niet uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen, is nietig op grond van artikel 3:40 BW. Ook rechtshandelingen die niet in de vereiste vorm zijn verricht – men denke aan het ontbreken van een notariële akte – zijn nietig (art. 3:39 BW). Vernietigbaar is de rechtshandeling waaraan een wilsgebrek kleeft en het derhalve van de wil van een persoon afhankelijk is of de rechtshandeling nietig zal zijn; zo bijvoorbeeld de overeenkomst met een handelingsonbekwame. De nietigheid of vernietiging van een fusie zou een hoogst onzekere situatie met zich brengen en zou niet alleen uit juridisch maar ook uit economisch oogpunt tot ernstige gevolgen leiden. De Derde richtlijn beperkte de mogelijkheden tot nietigheid of vernietiging zoveel mogelijk, onder meer door aan te geven dat deze slechts door de rechter kan worden uitgesproken op beperkte, in de wet opgesomde gronden. Ook het feit dat de totstandkoming van de fusie met veel waarborgen is omgeven – men denke aan de rol van de notaris en de accountant – droeg bij aan de overtuiging dat een fusie slechts in zeer bijzondere gevallen vernietigd zou moeten kunnen worden. Men zie artikel 2:323 BW. Voor een uitspraak over vernietiging van een fusie zie Rb Amsterdam 6 februari 2002, JOR 2002/61.

Bij een grensoverschrijdende fusie zijn de gevolgen van vernietiging of nietigheid veel groter, mede omdat de begrippen in de verschillende rechtsstelsels een afwijkende betekenis kunnen hebben. Zo is voorstelbaar dat de rechtsfiguur vernietiging niet *ex tunc* werkt, waardoor de facto een ontbinding van de verkrijgende vennootschap zou worden bewerkstelligd, terwijl in andere landen de verdwenen vennootschappen zouden «herleven». Dat heeft ertoe geleid dat in de richtlijn uitdrukkelijk, en in tegenstelling tot de Derde richtlijn, is bepaald dat de nietigheid van de fusie nimmer kan worden uitgesproken, ook niet als de vereiste notariële akten (de attesten van de artikelen 10 en 11 richtlijn) zouden ontbreken. Naar Nederlands recht kan de nietigheid van een rechtshandeling nimmer worden uitgesproken; slechts een declaratoir van de rechter is mogelijk. De regeling moet dan ook aldus worden verstaan dat vernietiging van de rechtshandeling op de gronden vermeld in artikel 2:323 BW niet kan worden gevorderd. Het voorgestelde artikel bepaalt dit. Zoals ook de commissie vennootschapsrecht in zijn advies aangeeft, brengt deze algemene regel met zich dat evenmin een beroep kan worden gedaan op andere nietigheids- of vernietigingsgronden, zoals de artikelen 3:39 en 3:40 BW.

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

---

Artikel 1	artikel 308
Artikel 2 lid 1	artikel 308 en 333b
lid 2	behoeft geen implementatie (art. 309 en 310)
Artikel 3 lid 1	niet van toepassing (regeling geldt bij ons niet)
lid 2	de ECV is wel onder het bereik van de regeling gebracht
lid 3	artikel 333b
Artikel 4 lid 1	artikel 333c
lid 2	beleidsvrijheid: bescherming is ingevoerd in artikel 333h
Artikel 5 a-c en e-i	behoeft geen implementatie (zie art 312 en 326)
d, j, k, l	artikel 333d
Artikel 6 lid 1	behoeft geen implementatie (art. 314)
lid 2	artikel 333e
Artikel 7 alinea 1	behoeft geen implementatie (art 314)
alinea 2	artikel 333f
alinea 3	behoeft geen implementatie (artikel 314)
Artikel 8 leden 1–3	behoeft geen implementatie (artikel 328)
lid 4	artikel 333g
Artikel 9 lid 1	behoeft geen implementatie (art 317)
lid 2	artikel 333k
lid 3	behoeft geen implementatie (art 331)
Artikel 10 lid 1	artikel 333i
lid 2	artikel 333i
lid 3	artikel 333h en 333i
Artikel 11 lid 1	artikel 333i
lid 2	behoeft geen implementatie (art 318)
Artikel 12	artikel 333i
Artikel 13	artikel 333j
Artikel 14 leden 1 en 2	behoeft geen implementatie (art. 309 jo 311)
lid 3	behoeft geen implementatie (art. 318)
lid 4	behoeft geen implementatie (art 309)
lid 5	behoeft geen implementatie (art. 325)
Artikel 15 lid 1	behoeft geen implementatie (art. 333)
lid 2	niet van toepassing (onbekende rechtsfiguur)
Artikel 16 lid 1	behoeft geen implementatie (art 152 /262)
lid 2	artikel 333k
lid 3,4,	artikel 333k
lid 5	behoeft geen implementatie (art 153/263)
lid 6 en 7	artikel 333k
Artikel 17	artikel 333l
Artikel 18	behoeft geen implementatie (evaluatieverplichting Europese Commissie)
Artikel 19	behoeft geen implementatie (implementatietermijn)
Artikel 20	behoeft geen implementatie (inwerkingtredingbepaling)
Artikel 21	behoeft geen implementatie (adressanten van de richtlijn)

---