

Juridische fusies en splitsingen “zonder effecten”



Mr. J.D.M. Schoonbrood*



Prof. mr. M. van Olffen**

Inleiding

1. In de afgelopen jaren zijn verschillende fusies en splitsingen tot stand gebracht die niet aan alle door de wet vereiste kenmerken lijken te voldoen. Sommige daarvan zijn in de literatuur beschreven. Fraaie termen als rolluikfusies en nul-ruilverhouding werden daarbij geïntroduceerd. Van Boxel, Dortmund, Koster, Schoonbrood, Van Olffen en Van Solinge constateren dat in zodanige gevallen het risico bestaat dat de beoogde fusie of splitsing niet tot stand is gekomen.¹ Niet omdat de fusie of splitsing blootstaat aan een vernietiging ex art. 2:323/2:334u BW, maar omdat niet voldaan wordt aan één (of meer) van de essentiële kenmerken van een fusie of splitsing. Andere geluiden zijn er ook. Zaman, Van Eck en Roelofs betogen dat een nationale fusie en splitsing niet aangetast zouden moeten kunnen worden indien er andere formele of materiële gebreken zouden zijn dan genoemd in art. 2:323/2:334u BW.² Zij gaan daarbij zelfs zo ver, dat zij voor die andere gebreken “de bal volledig aan de (voet)verklaring van de notaris” leggen.³ Met andere woorden, de notaris bepaalt door het tekenen van de authentieke akte met de voetverklaring dat er sprake is van een geldige fusie of splitsing. Indien deze visie gevolgd zou worden, dan zou voorbijgegaan kunnen worden aan een of meer essentialia van fusie en splitsing. Deze stelling is misschien aardig als discussiepunt voor wenselijk en dus toekomstig recht. Naar huidig recht zien wij er niets in. Wij komen in de praktijk steeds vaker in aanraking met adviezen en uitwerkingen van fusies en splitsingen waarbij al te gemakkelijk met essentialia van die rechtsfiguren lijkt te worden omgesprongen. Voldoende reden om in deze bijdrage nader in te gaan op de vraag wanneer juridische (grensoverschrijdende) fusies en splitsingen non-existent dan wel vernietigbaar zijn.

Non-existente of vernietigbare fusie of splitsing

2. Anders dan in het vermogensrecht is er onzes inziens in de fusie- en splitsingswetgeving een bijzondere rol weggelegd voor het begrip non-existent. In de fusie- en splitsingswetgeving heeft de wetgever de van rechtswege intredende nietigheid (“de absolute nietigheid” uit het vermogensrecht) rigoureus bewust teruggedrongen.⁴ Een beroep op vernietiging is slechts in een limitatief aantal gevallen mogelijk en dient binnen een termijn van zes maanden na het neerleggen van de akten bij het handelsregister te worden gevorderd. Een grensoverschrijdende fusie kan zelfs helemaal niet worden

vernietigd. Een fusie en een splitsing worden dus na het volgen van de procedure geacht geldig te zijn. Absolute nietigheid lijkt dus niet voor te komen bij deze rechtsinstrumenten. Dat is wellicht juist als men een rechtshandeling als nietig aanmerkt als de rechtshandeling wel voldoet aan alle essentiële elementen van de beoogde rechtshandeling, maar de wet het beoogde rechtsgevolg aan de rechtshandeling onthoudt (wat de wet bij fusie en splitsing dus niet doet). Het is volgens ons echter anders als de fusie en de splitsing wel de kenmerken van die rechtshandelingen vertonen, maar toch niet een fusie of splitsing zijn omdat ten minste een van de essentialia van de rechtshandeling ontbreekt. In dat geval spreken wij hier over non-existent.

* Notaris te Amsterdam.
(jean.schoonbrood@debrauw.com)

** Notaris te Amsterdam, hoogleraar ondernemingsrecht Radboud Universiteit Nijmegen (Van der Heijden Instituut), redacteur van het WPNR.
(martin.van.olfen@debrauw.com)

1. Zie onder andere: H.J.M.M. van Boxel, “De grensoverschrijdende fusie bij ArcelorMittal”, Ondernemingsrecht 2007/154; M. van Olffen, “Is een omgekeerde rolluikfusie mogelijk?”, WPNR (2006) 6667, p. 402-404; H.J.M.M. van Boxel, “Reactie op ‘Is een omgekeerde rolluikfusie mogelijk?’ Van Prof. Mr. M. van Olffen in WPNR (2006) 6667”, WPNR (2006) 6674, p. 544 e.v.; J.D.M. Schoonbrood en G. Ruardij, “Een zero exchange ratio bij juridische splitsing en fusie? Enige beschouwingen rondom toekenning van aandelen”, WPNR (2007) 6720; P.J. Dortmund, in: *Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen*, Uitgave vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 39 (1992), p. 19 en in “De invloed van de splitsingswetgeving op juridische fusie”, *De Naamloze Vennootschap* 1998-2, p. 38; G. van Solinge, *Ruziesplitsing, Conflicten rondom de rechtspersoon*, Serie monografieën van het Van der Heijden Instituut, deel 62, Deventer, Kluwer 2000, G. van Solinge, “Vragen uit de rechtspraktijk” (10), “Toekenning van aandelen bij driehoeksfusie (vervolg)”, *Ondernemingsrecht* 2004, 163, p. 438 en 439 (afl. 11); G. van Solinge in *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief: Naar een soepeler fusierecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 40, p. 28; H. Koster, “Juridische afsplitsing ABN AMRO”, *Ondernemingsrecht* 2010/87; en H. Koster, “Juridische fusie ABN AMRO en Fortis”, *Ondernemingsrecht* 2010/132, p. 625-628 (afl. 15).
2. D.F.M.M. Zaman, “Meer rechtszekerheid zonder risico van nietige en non-existente juridische fusies en splitsingen”, WPNR (2009) 6812, p. 743-744; en zie uitgebreid tevens Zaman, Van Eck en Roelofs, *Nationale en grensoverschrijdende juridische fusie & juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*, Den Haag: Sdu 2009, p. 82-87.
3. Aldus Zaman, Van Eck en Roelofs, t.a.p. p. 87.
4. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 610 en 611.

3. Een vernietiging van een fusie of splitsing tussen twee of meer Nederlandse rechtspersonen zal zich niet snel voordoen. Allereerst is de vernietiging slechts mogelijk op een beperkt aantal gronden als genoemd in art. 2:323/2:334u BW. Als een zodanige grond al aanwezig is, zullen partijen waar mogelijk in de gelegenheid gesteld worden een verzuim te herstellen. En als dat niet mogelijk is geldt nog dat, wanneer de ingetreden gevolgen van de fusie of splitsing bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, de fusie en de splitsing niet door een rechter vernietigd zal worden. De grensoverschrijdende fusie heeft een nog sterker karakter, nu deze niet door de rechter kan worden vernietigd (art. 2:333l BW). Dit alles betekent echter niet dat voorbijgegaan mag worden aan de essentialia van een fusie of splitsing. Als daaraan niet wordt voldaan, komt de beoogde fusie of splitsing mogelijk niet tot stand, is deze non-existent.

4. Om te voorkomen dat de notariële juristen onder de lezers nu al onrustig op hun stoel gaan schuiven, merken wij hier op dat een fusie of splitsing slechts in een zeer beperkt aantal gevallen non-existent zal zijn. Indien een gebrek bij een fusie en splitsing wordt ontdekt, kan dat tot een van de volgende constatering leiden: (i) bij het niet voldoen aan een wezenskenmerk is sprake van een non-existente fusie of splitsing⁵, (ii) een nationale fusie/splitsing is gedurende zes maanden vernietigbaar op grond van de in art. 2:323/334u BW opgenomen limitatieve gronden maar wordt vooralsnog voor geldig gehouden, of (iii) bij andere gebreken in het nationale fusieproces of splitsingsproces, is de fusie of splitsing geldig. Nu dan aandacht voor in onze ogen essentiële vereisten.

Over en weer kwalificerende rechtspersonen en non-existentie⁶

5. Als eerste essentieel vereiste geldt dat het instrument van de fusie/splitsing voor de betreffende rechtspersoon voorhanden moet zijn. Bij een nationale fusie en splitsing geldt als hoofdregel dat rechtspersonen alleen een zodanige rechtshandeling kunnen aangaan met rechtspersonen die dezelfde rechtsvorm hebben (art. 2:310 lid 1/2:334b lid 1 BW). NV's en BV's worden aangemerkt als rechtspersonen met dezelfde rechtsvorm. Een Europese vennootschap (SE) met statutaire zetel in Nederland wordt voor de nationale fusie- en splitsingregels gezien als een Nederlandse NV en een bestaande SE kan daarom ook partij zijn bij een nationale fusie en splitsing.⁷ Voorts gelden de mogelijke combinaties genoemd in art. 2:310 lid 4 BW. Voor grensoverschrijdende fusies geldt in Nederland als hoofdregel dat een NV of BV⁸ alleen kan fuseren met een kapitaalvennootschap die is opgericht naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte; art. 2:333b lid 1 BW.⁹ Voorts kan een Europese coöperatieve vennootschap met zetel in Nederland fuseren met een coöpe-

ratieve vennootschap opgericht naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte; art. 2:333c lid 2 BW.

6. Als een rechtspersoon niet kwalificeert voor een van de bovenstaande mogelijkheden, dan kan het rechtsinstrument van fusie of splitsing niet worden gebruikt. Een verkrijgende vereniging kan bijvoorbeeld niet fuseren met een stichting of een coöperatie.¹⁰ Ook de in de praktijk voorkomende vraag of ter verkorting van de termijnen een splitsingsprocedure en een fusieprocedure tegelijkertijd gevolgd kunnen worden in het geval de weg te fuseren vennootschap pas bij de splitsing ontstaat, dient ontkennend te worden beantwoord. Bij het opstellen van het fusievoorstel en de toelichting zou dan immers een vennootschap in oprichting partij moeten zijn, maar die kent nog niet het orgaan van het bestuur. Een bekrachtiging zal geen soelaas bieden, nu de wet ervan uitgaat dat de fuse-rende vennootschappen ten tijde van het opstellen van het voorstel al bestaan.¹¹ Bovendien zal een bekrachtiging van een fusievoorstel niet goed denkbaar zijn. De vennootschap bestond nog niet en er

5. Aldus ook H. Koster, *De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, dissertatie, Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht, Kluwer 2009, p. 358.
6. H. Koster in *De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, t.a.p., p. 287, duidt dit aan met rechtsvormgelijkheidsvereiste, hoewel de scope van de wet ruimer is.
7. De SE-Verordening is hierop niet van toepassing. Een SE kan alleen bij een grensoverschrijdende fusie ontstaan en niet bij een nationale fusie. Zie verder onder meer H.J.M.M. van Boxel, G.C. van Eck e.a., *De Europese vennootschap (SE): Nederlandse civiel- en fiscaalrechtelijke aspecten*, Amersfoort: Sdu, p. 87; en Zaman, Van Eck en Roelofs, t.a.p., p. 29 e.v.
8. Voor een grensoverschrijdende fusie van een open beleggingsinstelling in de vorm van een NV, zie art. 2:333b lid 1 en lid 4 BW.
9. Voor een grensoverschrijdende driehoeksfusie geldt dat de verkrijgende vennootschap en de groepsmaatschappij die de aandelen toekent Nederlandse vennootschappen moeten zijn (art. 2:333c lid 3 BW). Zie verder over toegestane deelnemende rechtsvormen M.E. Koppenol – Laforce, *De Uitvoeringswet grensoverschrijdende fusies*, WPNR (2007) 6721.
10. Sinds de wet van 16 juni 1988, Staatsblad 1988, 305, worden de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij als zelfstandige rechtsvormen naast de vereniging beschouwd. Tussen deze rechtspersonen bestaat dus geen rechtsvormgelijkheid voor de regeling van de juridische fusie en splitsing. Bij fusie en splitsing van deze rechtspersonen met een verschillende rechtsvorm zal eerst een rechtsvormwijziging moeten plaatsvinden ("omzetting"). Zie hierover ook H. Koster, dissertatie, t.a.p., p. 292-293.
11. Zo ook Koster in zijn dissertatie, t.a.p., p. 291 en de aldaar in noot 63 vermelde andere literatuur. Ook onmogelijk is (i) een juridische fusie (met een nog op te richten rechtspersoon) gecombineerd met een daaropvolgende juridische splitsing of (ii) een juridische splitsing waarbij een rechtspersoon wordt opgericht met een daaropvolgende omzetting van die op te richten rechtspersoon. Alleen bestaande rechtspersonen kunnen een omzettingsprocedure beginnen. Zie Koster in dissertatie, t.a.p., p. 291 en 292, die de aanbeveling doet dat rechtspersonen die nog bij fusie of splitsing opgericht moeten worden, kunnen participeren in de fusie of splitsing of daaropvolgende omzetting.

waren geen organen die besluiten omtrent een fusievoorstel konden nemen. Het gaat hier immers ook niet over preconstitutief handelen in de zin van art. 2:93/2:203 BW.

7. Ook een grensoverschrijdende fusie die niet voldoet aan dit essentiële vereiste zal non-existent kunnen zijn, terwijl die op grond van de wet (en de Tiende Richtlijn) niet vernietigd kan worden. Het zal ook hier niet de bedoeling van de (Europese) wetgever zijn geweest om een rechtshandeling te betitelen als een grensoverschrijdende fusie indien niet aan de wezenskenmerken wordt voldaan. Een grensoverschrijdende fusie tussen een Nederlandse vereniging en een Franse SA zal daarom non-existent zijn.

Hoofdregeel toekenning van aandelen krachtens ruilverhouding bij fusie en splitsing. Uitzonderingen

8. De toekenning van aandelen komt als rechtsgevolg en wezenskenmerk van de fusie/splitsing aan de orde in art. 2:311 lid 2/2:334e lid 3 BW.¹² De hoofdregel is dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap casu quo van de vennootschap waaruit vermogen verdwijnt, van rechtswege aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap.¹³ Blijkens voormelde artikelen zijn er uitzonderingen op de hoofdregel. Zowel bij de fusie als bij de splitsing worden door een verkrijgende rechtspersoon geen aandelen toegekend indien een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap aandelen toekent (de driehoeksfusie of -splitsing ex art. 2:333h lid 3/2:334ii BW) en ook wanneer krachtens de ruilverhouding van de aandelen geen recht bestaat op een enkel aandeel. Laatstgenoemde uitzondering is een incidentele uitzondering die van toepassing kan zijn bij alle vormen van fusie en splitsing waarbij aandelen worden toegekend. In deze uitzondering wordt het beginsel tot uitdrukking gebracht dat bij een fusie en splitsing alleen hele aandelen worden toegekend en geen fracties van aandelen.

9. In het kader van een fusie worden voorts geen aandelen toegekend bij (i) de fusie tussen rechtspersonen met een verschillende rechtsvorm genoemd in art. 2:310 lid 4 juncto art. 2:333 lid 3 BW, (ii) een moeder-dochterfusie (art. 2:333 lid 1 BW), (iii) een zusterfusie indien geen aandelen worden toegekend (art. 2:333 lid 2 BW) en (iv) aan de tegenstemmende minderheidsaandeelhouders bij een *outbound* grensoverschrijdende fusie die een verzoek tot schadeloosstelling hebben ingediend (art. 2:333h lid 3 BW). Deze uitzonderingen hebben alle te maken met de vorm waarin de fusie plaatsvindt. De onder (i) en (ii) genoemde uitzonderingen zouden wij als absolute of algemene vrijstellingen willen zien. In die twee gevallen komt een ruilverhouding niet aan de orde en kunnen geen aandelen worden toegekend. De driehoeksfusie is wel een uitzondering, maar geeft geen algemene vrijstelling van het wezenskenmerk "toekennen van aandelen", aangezien de groepsmaat-

schappij altijd aandelen zal moeten toekennen. Het is alleen een uitzondering omdat het niet de verkrijgende rechtspersoon is die aandelen toekent. De zusterfusie onder (iii) is a-typisch omdat partijen daarbij de vrijheid hebben te bepalen of er al dan niet aandelen worden toegekend.¹⁴ Het is een optie om niet te kiezen voor de vrijstelling. De regeling bij de grensoverschrijdende fusie voor de minderheidsaandeelhouders die schadeloosstelling hebben verzocht, heeft tot gevolg dat hun aandelen in het kapitaal van de verdwijnende Nederlandse vennootschap komen te vervallen. Zij krijgen naast de schadeloosstelling voor de vervallen aandelen niet ook nog krachtens de ruilverhouding aandelen toegekend.¹⁵

10. Bij een splitsing worden voorts geen aandelen door een verkrijgende rechtspersoon toegekend indien (i) de verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing opgerichte NV's of BV's zijn en de splitsende vennootschap daarvan bij de splitsing alle aandelen verkrijgt of (ii) ten aanzien van de verkrijgende vennootschappen art. 2:334cc BW toepassing vindt (de zogenaamde ruziesplitsing of aandeelhouders-splitsing). Ook deze uitzonderingen hebben weer te maken met de vorm van de splitsing. De onder (i) beschreven uitzondering is een absolute of algemene vrijstelling van de hoofdregel indien de structuurwijziging beperkt blijft tot de daar genoemde oprichting van vennootschappen. Bij de oprichting worden wel aandelen toegekend, maar niet aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap. Er worden alleen geen aandelen toegekend aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap als er niet ook vermogen wordt afgesplitst naar (andere) bestaande vennootschappen. De uitzondering onder (ii) is niet als een absolute vrijstelling van de hoofdregel van toekenning van aandelen te zien. Bij een aandeelhouders-splitsing moeten wel aandelen worden toegekend, maar niet door iedere verkrijgende vennootschap aan alle aandeelhouders van de splitsende vennootschap.

12. Dortmund maakte o.i. terecht bezwaar tegen het weglaten van het wezenskenmerk in de definitie van art. 2:309 BW, zie P.J. Dortmund, in: *Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht'*, 1980, p. 2.

13. Dat de aandeelhouders van een verdwijnende rechtspersoon van rechtswege aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersoon worden, is ook volgens de minister de hoofdregel, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 7.

14. In de praktijk komt dat niet vaak voor. Het kan bijvoorbeeld nodig zijn om het aandelenkapitaal van de verkrijgende vennootschap te verhogen. Zie nader P.J. Dortmund, *Enige beschouwingen rondom aandelen*, deel 31, Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, 1989, p. 93.

15. Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 929, nr. 3, p. 20: "Wordt de schadeloosstelling betaald, dan is sprake van een met intrekking van aandelen en terugbetaling te vergelijken figuur." Zie verder Zaman, Van Eck en Roelofs, t.a.p., p. 199; en uitgebreider G. van Solinge en H.J.M.M. van Boxel, "*Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij een grensoverschrijdende fusie. Enkele vragen bij de nieuwe wettelijke regeling*", WPNR (2008) 6776, p. 885-896.

Afzien van toekenning van aandelen. De nul-ruilverhouding. Non-existentie

11. Kunnen de bij een fusie of splitsing betrokken partijen besluiten af te zien van een toekenning van aandelen (ruilverhouding) of kan de ruilverhouding op nul worden gesteld? Ten onrechte zou de conclusie kunnen opkomen dat waar aandeelhouders sinds kort kunnen afzien van accountantsverklaringen omtrent de ruilverhouding, er ook geen ruilverhouding hoeft te worden vastgesteld. Het antwoord op de gestelde vraag is eenvoudig. Als de fusie of splitsing niet onder een vrijstelling voor een toekenning van aandelen valt, wordt niet voldaan aan een essentieel kenmerk van de fusie of splitsing.¹⁶ De rechtshandeling zal dan niet kwalificeren als een fusie/splitsing in de zin van Boek 2 BW. Uit de richtlijnen en het systeem van de wet volgt dat er aandelen moeten worden toegekend “ter omwisseling” van de aandelen die daarvoor in aanmerking komen, tenzij er een absolute vrijstelling van toepassing is. Nu zou kunnen worden gesteld dat de rechtszekerheid hiermee niet is gebaat en dat het lastig is om de gevolgen van een juridische fusie/splitsing ongedaan te maken. Deze fusie en splitsing hebben echter geen effect. Indien er iets feitelijk ongedaan gemaakt moet worden, dan zal dat zo goed als mogelijk is moeten gebeuren. Het argument “dat de rechtszekerheid er niet mee is gebaat” wordt wel vaker aangewend als het gaat over non-existentie, nietigheden of vernietigbaarheden. Het is een opportunistisch argument, want het gaat voorbij aan het feit dat de rechtszekerheid er ook niet mee is gebaat indien geen belang wordt gehecht aan de essentialia van dergelijke rechtshandelingen.

Overschrijding bijbetalingsgrens: non-existentie?

12. Een andere situatie waarbij discussie kan bestaan over de non-existentie van een fusie of splitsing, kan zich voordoen bij de afrondings-creditering of bijbetaling ex art. 2:325 lid 2 en art. 2:334x lid 2 BW. Bij de vaststelling van de ruilverhouding kan blijken dat niet (exact) één of meer gehele aandelen in de verkrijgende vennootschap kunnen worden toegekend. Fracties van aandelen kunnen immers niet worden toegekend. In een dergelijk geval kan aan de betrokken aandeelhouders een vergoeding worden toegekend in de vorm van geld of een vordering op de verkrijgende vennootschap. Deze toekenning is afhankelijk van de “oneffenheden” in de uitkomst van de berekening van de te verkrijgen aandelen aan de hand van de ruilverhouding.¹⁷ Voor het totale bedrag van de vergoeding geldt een grens van tien procent van de nominale waarde van alle toegekende aandelen. Bij een nul-ruilverhouding – die volgens ons niet mogelijk is – zal overigens een vergoeding in geld of schuldvorderingen niet toegekend kunnen worden. Met de schadeloosstelling die bij een grensoverschrijdende fusie aan minderheidsaandeelhouders wordt betaald, wordt bij de 10%-grens (of een andere grens onder het van toe-

passing zijnde buitenlandse recht) geen rekening gehouden.¹⁸

13. Bij het tot stand komen van de fusiewetgeving heeft de minister¹⁹ opgemerkt dat de bijbetaling van tien procent een grens trekt tussen wat nog als fusie kan worden beschouwd en wat als koop moet worden beschouwd. Ook wordt daar gesteld dat, als de bijbetaling groter is dan 10%, niet langer sprake is van een juridische fusie, maar van een niet bij de wet geregelde aandelenfusie.²⁰ De minister heeft verder aangegeven dat indien er meer bijbetaald dient te worden dan 10%, een bod op de aandelen de gekozen weg dient te zijn.²¹ Dat is begrijpelijk omdat een dergelijke bovenmatige bijbetaling meer lijkt op een koop. Met Dortmund menen wij dat indien voorafgaand aan de splitsing of fusie blijkt dat de wettelijke grens wordt overschreden, de splitsing of fusie geen doorgang kan vinden.²² Een aandeelhouder zou voor het effectueren van de fusie of splitsing via de rechter een verbod tot fusie of splitsing kunnen laten opleggen op grond van het feit dat een overschrijding van de 10%-grens in strijd is met de wet.²³ Maar wat is het gevolg als de splitsing of fusie al heeft plaatsgevonden? Enerzijds zou gesteld kunnen worden dat binnen zes maanden een beroep op de vernietiging van de splitsing of fusie kan worden gedaan vanwege het ongeldige besluit.²⁴ Het besluit betreft immers een fusie of splitsing die naar haar uitwerking in strijd is met de wet. Anderzijds zou gesteld kunnen worden dat niet is voldaan aan een van de formele voorwaarden, zodat er sprake is van een non-existente fusie of splitsing. Op dit punt bestaat dus onduidelijkheid, maar non-existentie ligt vanwege de oncontroleerbaarheid niet voor de hand. Voorafgaand aan

-
16. Zie hierover nader Schoonbrood/Ruurdijk, t.a.p., p. 663. Voorts Koster, t.a.p., p. 295 en 296, die eveneens meent dat via een nul-ruilverhouding bij iedere juridische splitsing de hoofdregel buiten spel kan worden gezet, dat daarmee een te ruime uitleg wordt gegeven aan het begrip ruilverhouding en dat een nul-ruilverhouding onverenigbaar is met het systeem van de wet.
17. *Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 21.*
18. Zie Zaman, Van Eck en Roelofs, t.a.p., p. 200; en G. van Solinge en H.J.M.M. van Boxel, “*Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij een grensoverschrijdende fusie. Enkele vragen bij de nieuwe wettelijke regeling*”, t.a.p., p. 885-896.
19. De toelichting bij het derde lid van het ontwerpartikel 2:311, *Kamerstukken II 1980/81, 16 453, nr. 3, p. 5-6.*
20. Zie P.J. Dortmund, *Enige beschouwingen rondom aandelen*, t.a.p., p. 76.
21. In de memorie van toelichting verwijst de minister voor uitleg van art. 2:334x lid 2 BW naar art. 2:325 lid 2 BW. Wij zouden zijn commentaar willen herhalen bij art. 2:334x lid 2 BW, zie *Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 21.*
22. Aldus P.J. Dortmund, *Enige beschouwingen rondom aandelen*, t.a.p., p. 76; en eerder P.J. Dortmund in het preadvies uit 1980, t.a.p., p. 32-33.
23. Zie over het splitsingsverbod H. Koster, dissertatie, t.a.p., p. 360.
24. Aldus P.J. Dortmund, *Enige beschouwingen rondom aandelen*, t.a.p., p. 76; en eerder P.J. Dortmund in het preadvies uit 1980, t.a.p., p. 32-33.

de fusie of splitsing zal het niet altijd duidelijk zijn of de 10%-grens wordt overschreden. Indien de aandelen van de verdwijnende rechtspersoon over zeer veel kleine aandeelhouders zijn verspreid, kan er al snel bij een ruilverhouding met breuken sprake zijn van een uitkering die de 10%-grens te boven gaat. Het is ook denkbaar dat een exacte berekening is gemaakt bij de aanvang van de procedure, maar dat gedurende de loop van de procedure zodanige wijzigingen in het aandelenbezit optreden dat ten tijde van de fusie of splitsing de 10%-grens alsnog blijkt te worden overschreden. De controle kan nog moeilijker worden indien de bijbetaling niet in contanten plaatsvindt maar in de vorm van een schuldvordering waaraan bepaalde voorwaarden zijn verbonden. Alsdan moet worden gecontroleerd of de waarde van de vorderingen en contanten tezamen niet de 10%-grens zal overschrijden.²⁵ Een overschrijding van de 10%-grens kan overigens vaak worden voorkomen door in het kader van de fusie of splitsing de nominale waarde van aandelen te wijzigen, daarmee wijzigt immers ook de ruilverhouding.²⁶ Bij een overschrijding van de 10%-grens zouden wij niet willen concluderen tot een non-existente fusie of splitsing, tenzij er geen aandelen worden toegekend.²⁷ Dit neemt niet weg dat de verkrijgende vennootschap niet mag overgaan tot een uitkering van meer dan 10% van de gezamenlijke nominale waarde. Indien er abusievelijk toch teveel is uitbetaald, dan is daarvoor geen titel (“onverschuldigd betaald”). Een aandeelhouder die niet een volledige vergoeding krijgt in overeenstemming met de ruilverhouding, kan binnen zes maanden na de fusie of splitsing een beroep doen op de vernietiging vanwege gebreken in de besluitvorming. Een rechter zou tot het oordeel kunnen komen dat het verzuim alsnog hersteld dient te worden, maar onduidelijk is op welke wijze het verzuim na de rechtshandeling zou kunnen worden hersteld. De rechter kan ook oordelen dat een schadevergoeding dient te worden betaald ter grootte van het niet uitgekeerde deel van de bijbetaling. Zou dan sprake zijn van een andere titel voor de “bijbetaling” en zou dan niet in strijd worden gehandeld met de 10%-regel? Een vordering tot betaling van een schadevergoeding kan ook nog worden ingesteld na het verstrijken van de termijn van zes maanden. Hoewel de rechter de fusie dan niet meer kan vernietigen, kan de rechter de rechtspersoon wel tot een schadevergoeding veroordelen in het geval het verzuim – indien tijdig ingesteld – wel tot vernietiging had kunnen leiden (art. 2:323 lid 5/2:334u lid 5 BW).²⁸

De hoofdregel en aandelen die niet meedoen in de “omwisseling”: geen inbreuk op fusie- of splitsingsregeling

14. Bij fusie: art. 2:325 lid 4 BW

Een ander bijkomend rechtsgevolg van de fusie is opgenomen in art. 2:325 lid 4 BW. Daarin wordt bepaald dat aandelen in het kapitaal van de verdwij-

nende vennootschappen die gehouden worden door of voor rekening van de fuserende vennootschappen, komen te vervallen. Over de reikwijdte van deze bepaling bestaat in de literatuur onduidelijkheid. Koster concludeert op grond van de parlementaire geschiedenis en de wetssystematiek dat dit wetsartikel een uitzondering is op de hoofdregel dat aandelen worden toegekend (art. 2:311 lid 2 BW).²⁹ Hij beschrijft de driehoeksfusie tussen Fortis Bank Nederland N.V. als verdwijnende vennootschap, ABN AMRO Bank N.V. als verkrijgende vennootschap en ABN AMRO Group N.V. als de groepsmaatschappij die uitsluitend aandelen toekent aan de minderheidsaandeelhouders van de verdwijnende vennootschap. Volgens Koster is de uitzondering opgenomen in art. 2:325 lid 4 BW niet bedoeld om aangewend te worden bij een driehoeksfusie (ook een uitzondering op de hoofdregel) als ware er sprake van een uitzondering op een uitzondering. Hij concludeert dat de driehoeksfusie niet juist is toegepast en komt op grond van een schending van de hoofdregel tot de conclusie dat er sprake is van een non-existente fusie ofwel een fusie zonder effecten. Hij is van mening dat de groepsmaatschappij als aandeelhouder van de verdwijnende vennootschap ook aan zichzelf aandelen had moeten toekennen. Zijn conclusie is niet juist. Met art. 2:325 lid 4 BW wordt voorkomen dat aandelen die de fuse-rende vennootschappen in de verdwijnende vennootschappen houden, meedoen in de “omwissel-verhouding”. De wet bepaalt daarom dat die aandelen komen te vervallen. Hiermee wordt bereikt dat de verkrijgende vennootschap geen aandelen aan zichzelf toekent. Het verbod aandelen aan “jezelf” toe te kennen, is een principe dat past binnen het vennootschapsrecht.³⁰ Zo is het verbod

25. Aldus P.J. Dortmund in zijn preadvies uit 1980, t.a.p., p. 32 onder nummer 8.
26. Zie als voorbeeld Hof Amsterdam (OK) 20 december 2007, JOR 2008, 36 (Shell/Trafalgar).
27. Zie nader over de vergoeding in contanten bij splitsing: H. Koster, dissertatie, t.a.p., p. 294-296.
28. Zie hierover Rechtbank Amsterdam 6 februari 2002, JOR 2002, 61 (Leyinvest/Vendex KBB).
29. H. Koster, “Juridische fusie ABN AMRO en Fortis”, Ondernemingsrecht 2010/132, p. 625-628 (afl. 15).
30. H. Koster in zijn dissertatie, t.a.p., p. 304, wijst de vereenvoudigde aandeelhoudersplitsing (zonder toekenning van aandelen) af met als redenering dat art. 2:334cc BW niet gecombineerd mag worden met art. 2:334e lid 2 BW. Hij verwijst daarbij naar de systematiek van de Zesde Richtlijn (art. 17 lid 2). Het is volgens hem de bedoeling dat een vennootschap geen aandelen in zichzelf verkrijgt en hij verwijst ook naar de regelingen van de art. 2:95 en 2:205 BW (en naar art. 18 lid 1 van de Tweede Richtlijn). En bij een *upstream* afsplitsing van een volle dochter naar de moedermaatschappij, die hij wel toegestaan acht omdat hij van mening is dat art. 2:334e lid 2 BW zelf een algemene vrijstelling van de toekenning van aandelen zou geven, schrijft hij op p. 318 in noot 62 over het toekennen van aandelen aan zichzelf: “Ik ga voor het gemak voorbij aan de vraag of dit vennootschapsrechtelijk wel mogelijk is.” Een geval van non-existentie is deze *upstream* afsplitsing, zouden wij menen. Zie verder in ons artikel paragraaf 17-18 over andere gevallen van non-existentie.

tot het nemen van eigen aandelen bij een uitgifte uitdrukkelijk in de tekst van de wet verankerd (art. 2:95 lid 1/2:205 BW). Art. 2:325 lid 4 BW zet de hoofdregel overigens niet opzij. Er moeten aandelen worden toegekend, tenzij natuurlijk een absolute vrijstelling voor de toekenning geldt. In de hierboven genoemde casus is aan de hoofdregel voldaan doordat aandelen zijn toegekend aan de andere aandeelhouder(s) van de verdwijnende vennootschap. Koster heeft dat eerder in zijn proefschrift ten aanzien van (een gewone) fusie ook geschreven.³¹ De tekst van art. 2:325 lid 4 BW is duidelijk en ook van toepassing bij driehoeksfusies. Waarom zou de regeling wel gelden bij een gewone fusie tussen vennootschap A en B waarbij aandelen worden toegekend en niet bij een driehoeksfusie? De aandelen die de groepsmaatschappij in de verdwijnende vennootschap voor eigen rekening houdt komen onzes inziens ook bij een driehoeksfusie te vervallen. De groepsmaatschappij geldt bij de driehoeksfusie ook als een fuserende vennootschap en het artikel inzake de driehoeksfusie (art. 2:333 BW) verwijst ook naar art. 2:325 BW. De aandelen die de groepsmaatschappij in de verdwijnende vennootschap houdt, doen dus niet mee in de “omwisselverhouding”. Een andere visie zou tot zeer merkwaardige gevolgen leiden.³² De verwijzing van Koster naar de parlementaire geschiedenis en wetssystematiek is niet overtuigend. De systematiek van de wet is juist dat art. 2:325 lid 4 BW bij **alle** vormen van fusie kan spelen. Het is een niet-algemene uitzondering, die ook van toepassing is binnen de fusievormen die in art. 2:311 BW zijn uitgezonderd. De driehoeksfusie is alleen als uitzondering in de wet opgenomen omdat het niet de verkrijgende vennootschap is die aandelen toekent, maar de groepsmaatschappij. Art. 2:325 lid 4 BW bevat een algemeen principe waardoor wordt voorkomen dat aan een vennootschap eigen aandelen worden toegekend.³³ Het is dus geen algemene uitzondering op de hoofdregel dat aandelen moeten worden toegekend in die gevallen waarin geen absolute vrijstelling geldt. Ook dat principe blijft overeind.

15. *Bij splitsing: art. 2:334x lid 4 en art. 2:334e lid 2 BW*

Ook bij een splitsing kunnen vragen opkomen rondom het vervallen van aandelen. Het principe is neergelegd in art. 2:334x lid 4 BW. Daarin wordt bepaald dat aandelen in het kapitaal van de splitsende vennootschap die worden gehouden door of voor rekening van een verkrijgende vennootschap of door of voor rekening van de splitsende vennootschap, vervallen, indien de splitsende vennootschap bij de splitsing ophoudt te bestaan. Hiervoor hebben wij gezien dat bij fusie de aandelen die de fuserende vennootschappen in het kapitaal van de verdwijnende vennootschap houden, ook komen te vervallen. Bij een afsplitsing of hybridische splitsing als bedoeld in art. 2:334c lid 2 BW vervallen geen aandelen. De splitsende rechtspersoon blijft immers voortbestaan.

Zou de verkrijgende of voortbestaande splitsende vennootschap als aandeelhouder dan krachtens de ruilverhouding aandelen toegekend krijgen in het kapitaal van dezelfde verkrijgende vennootschap? Dat is niet het geval. Art. 2:334e lid 2 BW bepaalt dat geen aandelen worden verkregen voor aandelen in de splitsende vennootschap die door of voor rekening van die verkrijgende vennootschap of door of voor rekening van de splitsende vennootschap worden gehouden.³⁴ Lid 2 vindt toepassing op alle vormen van splitsing. Voorkomen wordt dat een vennootschap aan zichzelf aandelen moet toekennen. Net als bij de fusie is dat een nadere uitwerking van een elders in de wet verankerd principe in het Nederlandse vennootschapsrecht; zie hiervoor paragraaf 14.

16. Koster is van mening dat lid 2 van art. 2:334e BW de hoofdregel van lid 1 en de idee van de structuurwijziging zoals vastgelegd in art. 2:334a BW volledig buiten werking kan stellen.³⁵ Hij komt tot deze conclusie door af te gaan op de wettelijke systematiek en dan in het bijzonder op de structuur van art. 2:334e BW. Met deze visie zijn wij het niet eens. Weliswaar staat in lid 3 een verwijzing naar de hoofdregel van lid 1 als volgt verwoord:

“Lid 1 geldt *voorts* niet voor *zover* ...”

(hierna volgen de uitzonderingen op de hoofdregel van lid 1). In lid 2 staat in feite dat voor de aandelen die de splitsende vennootschap in haar eigen kapitaal houdt en voor de aandelen die de verkrijgende vennootschap in het kapitaal van de splitsende vennootschap houdt, geen aandelen worden toegekend.

31. Zie immers Koster in zijn dissertatie, t.a.p., p. 318 en 319. Hij schrijft: “Ik ben van mening dat artikel 2:311 lid 2 BW duidelijk bepaalt wanneer volledig afgezien mag worden van toekenning van aandelen bij een juridische fusie. Artikel 2:325 lid 4 BW dat aangeeft dat aandelen in het kapitaal van de verdwijnende vennootschappen die worden gehouden door of voor rekening van de fuserende vennootschappen, vervallen, wordt daar niet genoemd. Dit betekent dat artikel 2:325 lid 4 BW de toekenning van aandelen alleen gedeeltelijk opzij kan zetten.”

32. Zie over driehoeksfusie met toekenning van aandelen aan een dochtermaatschappij aangezien er niet sprake is van een nevenschikte verdwijnende en verkrijgende vennootschap: G. van Solinge, *Ondernemingsrecht* 2004, 163, p. 438-439 (afl. 11).

33. Zie over de geschiedenis mede P.J. Dortmund in het preadvies 1980, t.a.p., p. 39-42. Hij schrijft dat het woord vervallen niet helemaal goed is in het voorgestelde art. 2:311 lid 3 BW (thans art. 2:325 lid 4 BW) aangezien alle aandelen in de verdwijnende vennootschappen vervallen. Er had moeten staan “vervallen zonder dat daarvoor aandelen in de verkrijgende vennootschap in de plaats komen”.

34. Indien verkrijgende vennootschap B de aandelen in de splitsende vennootschap voor eigen rekening houdt, dan zal die wel krachtens de ruilverhouding aandelen in de verkrijgende vennootschap A krijgen toegekend. De hoofdregel is dan ook hier van toepassing.

35. Koster in zijn dissertatie, t.a.p., p. 318 en 307.

Het gebruik van het woord “voorts” in lid 3 lijkt te suggereren dat lid 2 een absolute uitzondering kan zijn. Dat is onzes inziens echter niet het geval. Lid 2 geeft alleen weer dat bij de ruilverhouding met bepaalde aandelen geen rekening wordt gehouden en dat voor “eigen gehouden aandelen” geen nieuwe aandelen in de verkrijgende vennootschap worden toegekend.³⁶ Een andere interpretatie zou tot vormen van splitsing leiden die de wetgever niet heeft beoogd. Hieronder wordt op twee van die bijzondere vormen van splitsing ingegaan.³⁷

Andere gevallen van non-existentie vanwege niet naleven hoofdregel: de vereenvoudigde aandeelhouders-splitsing en de *upstream* afsplitsing

17. Een vorm van vereenvoudigde aandeelhouders-splitsing³⁸ (niet zijnde de ruziesplitsing als bedoeld in art. 2:334cc BW) ziet er als volgt uit: vennootschap A heeft twee aandeelhouders en wel BV B en BV C. Vennootschap A splitst een deel van haar vermogen af naar BV B en het andere deel van het vermogen naar BV C. De bestaande vennootschappen B en C die aandeelhouder zijn van A krijgen ieder een deel van het vermogen onder algemene titel en vennootschap A houdt op te bestaan. Er worden geen aandelen toegekend en er wordt geen nieuwe vennootschap opgericht. In de literatuur wordt door sommigen gesteld dat dit mogelijk is op grond van art. 2:334e lid 2 BW juncto art. 2:334x lid 4 BW. De aandelen die B en C in A houden, komen te vervallen, en voor de ruilverhouding tellen die aandelen niet mee. Er wordt dus hier met vermogen geschoven zonder dat er aandelen worden toegekend. Deze route zou een zeer praktische variant kunnen zijn voor een ontbinding van een vennootschap met veel vermogen of voor de beëindiging van een joint venture. Wij menen evenals Dortmund³⁹ en Van Solinge⁴⁰ dat deze route niet mogelijk is. Art. 2:334e lid 2 BW geeft zoals al hiervoor gemeld naar onze mening geen algemene vrijstelling voor het toekennen van aandelen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap. Deze vorm van aandeelhouders-splitsing met een zogenaamde nul-ruilverhouding is volgens ons non-existent.⁴¹ Voor deze variant zal men de procedure van de ruziesplitsing van art. 2:334cc BW moeten volgen (met toekenning van aandelen of oprichting van nieuwe vennootschappen) eventueel gevolgd door *upstream* vereenvoudigde juridische fusies. Een andere mogelijkheid⁴² is een zuivere splitsing waarbij B en C over en weer aan elkaar aandelen toekennen. De hoofdregel is immers dat de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder worden van alle verkrijgende vennootschappen (B en C). Op grond van de regeling dat men niet aandelen aan zichzelf kan toekennen, krijgt B aandelen in C en C aandelen in B toegekend. Vervolgens kan door een aandelenoverdracht tussen B en C (om niet of op een andere wijze) het gewenste resultaat worden bereikt.

18. Ook wijzen wij op de *upstream* afsplitsing van een 100%-dochtervennootschap naar de moedermaatschappij. De hoofdregel zou hier ertoe leiden dat de moedervennootschap aandelen aan zichzelf zou moeten toekennen. Wederom komt art. 2:334e lid 2 BW om de hoek kijken. Daarin staat dat in dit geval geen aandelen worden toegekend voor de aandelen die de moedervennootschap houdt in de splitsende vennootschap. Koster is van mening dat in dit geval de hoofdregel van lid 1 van art. 2:334e BW volledig buiten werking wordt gesteld. Ook de structuurwijziging die besloten ligt in de omschrijving van art. 2:334a BW wordt hier opzijgezet. In de wetgeschiedenis wordt vermeld dat deze vorm van

36. Zie nader Zaman, Van Eck en Roelofs, t.a.p., p. 177 en p. 119. Art. 2:334e lid 2 BW is een incidentele uitzondering. Zie hierover P.J. Dortmund, boekbespreking van M. van Olfen, F.K. Buijn en P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, tweede druk, 's-Gravenhage, Ondernemingsrecht 2005/159 (afl. 13), p. 458-461.

37. Voor bijzondere vormen van fusie zie M. van Olfen, WPNR (2006) 6667, p. 402-404, die voor een *downstream* fusie op grond van de wet concludeert dat er wel aandelen moeten worden toegekend. Aldus ook Schoonbrood/Ruardij, t.a.p., p. 661. Zie verder over diverse vormen van fusie en splitsing M. van Olfen, F.K. Buijn en P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, tweede druk, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004.

38. Zie hierover G.C. van Eck en F. Volders, “*Als goede vrienden uit elkaar. Varianten op de splitsing ex art. 2:334cc BW*”, WPNR (2004) 6593, p. 788-796, die deze variant onder art. 2:334cc BW laten vallen en onzes inziens ten onrechte stellen dat geen aandelen hoeven te worden toegekend gelet op art. 2:334e lid 2 BW (juncto art. 2:334cc BW). Anders, maar met een zelfde redenering doch gebaseerd op art. 2:334e lid 2 BW: Zaman, Van Eck en Roelofs, t.a.p., p. 118-119. Anders: H. Koster in dissertatie, t.a.p., p. 304-307, met als uitgangspunt dat art. 2:334e lid 2 BW en art. 2:334cc BW afzonderlijke (algemene) vrijstellingen zijn die niet gecombineerd mogen worden. Ook anders: G. van Solinge, *Ruziesplitsing, Conflicten rondom de rechtspersoon*, t.a.p., p. 86. en P.J. Dortmund, *Ondernemingsrecht 2005/159* (afl. 13), p. 458-461.

De minister in de Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II 1996/97*, 24 702, nr. 6, p. 7, naar aanleiding van een door Buijn in zijn preadvies voorgestelde vorm van vereenvoudigde aandeelhouders-splitsing, blijkt zeker geen voorstander van allerlei variaties: “Ik meen dat deze suggesties het doel van de splitsingswetgeving te zeer voorbij streven”, en “Het mogelijk maken van vele variaties van deze nieuwe rechtsfiguur zou de duidelijkheid en rechtszekerheid niet ten goede komen.” Zie preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 1996, *Splitsing van rechtspersonen*, F.K. Buijn, R. Nieuwdorp en P.H.M. Simonis, p. 22-24.

39. P.J. Dortmund, *Ondernemingsrecht 2005/159* (afl. 13), t.a.p., p. 458-461.

40. G. van Solinge, *Ruziesplitsing, Conflicten rondom de rechtspersoon*, t.a.p., p. 86.

41. Zie ook Schoonbrood/Ruardij, t.a.p., p. 666; en art. 17 lid 2 van de Zesde Richtlijn nr. 82/891/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 17 december 1982 betreffende splitsing van naamloze vennootschappen.

42. Zie M. van Olfen, WPNR (2006) 6667, p. 402-404; en Koster in dissertatie, t.a.p., p. 307.

afsplitsing niet is toegestaan.⁴³ Zou deze wel zijn toegestaan, dan zou die in de praktijk zeker vaak gebruikt worden omdat het hiermee mogelijk zou worden om activa en passiva onder algemene titel op een eenvoudige wijze te verplaatsen. Leveringsvereisten hoeven dan niet te worden nageleefd. Wij menen echter dat ook deze vorm van afsplitsing is gebaseerd op een verkeerde interpretatie van de wet. Er kunnen hier geen aandelen worden toegekend en dus wordt een essentieel kenmerk niet nageleefd. Art. 2:334e lid 2 BW is geen absolute uitzondering van de hoofdregel maar de neerslag van een algemeen principe in het vennootschapsrecht dat een vennootschap aan zichzelf geen aandelen kan toekennen. Deze vorm van afsplitsing is volgens ons non-existent.

De (voet)verklaring als absolutie. Herstelwerkzaamheden

19. Hiervoor in paragraaf 1 werd gerefereerd aan de stelling dat een notaris met het passeren van de akte en het tekenen van de voetverklaring zou bepalen dat er sprake is van een geldige fusie of splitsing, althans voor zover er zich geen gebreken voordoen als vermeld in art. 2:323/2:334u BW. Deze stelling kent ten onrechte te veel macht toe aan de notaris. Net zo min als een onjuiste voetverklaring tot gevolg kan hebben dat een fusie of splitsing per definitie blootstaat aan vernietiging⁴⁴, kan een juiste voetverklaring tot gevolg hebben dat een fusie of splitsing onaantastbaar is.

20. Zaman⁴⁵, Van Eck en Roelofs⁴⁶ menen dat indien een fusie of splitsing in strijd is met het wettelijke systeem of met de wettelijke regeling, naar analogie van art. 2:21 BW de rechtbank de mogelijkheid moet hebben het gebrek te doen herstellen. Het ontbreken van een materieel wezenskenmerk zoals het toekennen van aandelen beschouwen zij als een gebrek dat niet wezenlijk is. Zij menen dat hier geen sprake zou moeten zijn van nietigheid of non-existentie, omdat de wet de controletaak bij de notaris heeft gelegd. Dit wordt door hen zo uitgelegd dat na controle en acceptatie door de notaris er nimmer sprake zal kunnen zijn van non-existente fusies/splitsingen en dat alleen op de beperkte, in de wet omschreven gronden gedurende zes maanden een beroep op vernietiging kan worden gedaan. Voor bepaalde gebreken hebben zij gelijk, maar niet voor alle gebreken. Indien een vereniging als verkrijgende rechtspersoon fuseert met een stichting of in een fusie een toekenning van aandelen ontbreekt zonder dat een vrijstelling voorhanden is, kan er geen sprake zijn van een rechtsgeldige fusie of splitsing. Een fles wijn kan ook geen fles champagne worden door er een ander etiket op te plakken. Wij zien overigens geen principieel bezwaar in de mogelijkheid dat een materieel kenmerk alsnog wordt vervuld waar dat uitvoerbaar is.

Conclusie

21. Fusies en splitsingen zijn slechts op beperkte gronden (gebreken) vernietigbaar. Bij andere gebreken zijn fusies en splitsingen niet te vernietigen. Fusies en splitsingen moeten echter wel altijd voldoen aan de wezenskenmerken. Wordt daaraan niet voldaan, dan is sprake van non-existente rechtshandelingen. Voor die gevallen ligt de bal zeker bij het notariaat, maar het plaatsen van de notariële voetverklaring kan een non-existente fusie of splitsing niet converteren in een geldige of vernietigbare fusie of splitsing. Non-existentie kan zich voordoen bij “rechtvormongelijkheid”, maar vooral bij een schending van de hoofdregel. Het belangrijkste wezenskenmerk is immers zowel bij fusie als bij splitsing dat er aandelen worden toegekend als er geen algemene of absolute vrijstelling in de wet van toepassing is (de hoofdregel). In de praktijk worden de grenzen opgezocht van een fusie en splitsing zonder toekenning van aandelen. Daarbij lijkt de hoofdregel met als gevolg een structuurwijziging soms al dan niet bewust opzij te worden gezet. Non-existentie ligt dan op de loer!

43. *Kamerstukken II 1995/96*, 24 702, nr. 3, p. 5. Wij citeren een paar zinnen uit de memorie van toelichting: “Splitsing is *niet* een eenvoudig middel om vermogen over te dragen dat rechtspersonen *naar eigen keuze* kunnen gebruiken als alternatief voor overdracht van vermogensbestanddelen onder bijzondere titel.” En: “Kenmerkend voor de splitsing, zowel de zuivere als de afsplitsing, is dat de overgang van vermogen gepaard gaat met een wijziging in de structuur waarvan de rechtspersoon deel uitmaakt. De structuurwijziging zal doorgaans zijn dat leden of aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon aandeelhouder worden van een of meer verkrijgende rechtspersonen. Zij kan er ook in bestaan dat bij de splitsing een nieuwe rechtspersoon wordt opgericht. Splitsingen waarbij elke structuurwijziging achterwege blijft, zijn in de opzet van het wetsvoorstel niet mogelijk.” Anders dan Koster volgen de meeste schrijvers de opvatting van de minister. Zie de literatuur opgenomen in Koster, dissertatie, t.a.p., p. 318, noot 61; en Schoonbrood/Ruardij, t.a.p., p. 665.

44. Vernietiging van de fusie en splitsing zal alleen kunnen indien de voetverklaring ontbreekt, en niet uitsluitend op grond van een onjuiste voetverklaring (bijvoorbeeld indien, anders dan in de verklaring gemeld, blijkt dat de vormvoorschriften toch niet allemaal zijn nageleefd), zie hierover Hof Amsterdam, 10 mei 2007, LJN BA6394, welke uitspraak in stand is gebleven bij de Hoge Raad, 25 september 2009, 07/10537, LJN BJ1248, JOR 2010/3 (Hes/HVA). Zie ook noot 118 in Zaman, Van Eck en Roelofs, t.a.p., p. 87.

45. Zaman, t.a.p., p. 744 schrijft: “Van Olfen en Schoonbrood/Ruardij nemen in dit kader zowel de woorden nietigheid als non-existentie in de mond.” Zie derhalve nader hierover: M. van Olfen, WPNR (2006) 6667, p. 404; M. van Olfen, WPNR (2006) 6712, p. 507; en J.D.M. Schoonbrood en G. Ruardij, t.a.p., p. 667.

46. Zie Zaman, Van Eck en Roelofs t.a.p., p. 86.