

Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen definitief en in werking getreden

Mr. J.D.M. Schoonbrood, mr. R. Bosveld , datum 01-01-2006

Datum

01-01-2006

Auteur

Mr. J.D.M. Schoonbrood, mr. R. Bosveld [M](#)

Vakgebied(en)

Ondernemingsrecht (V)

1 Inleiding

Op 20 september 2005 is eindelijk de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (voorheen aangeduid als de Tiende Richtlijn) door de Raad van de Europese Unie aangenomen (hierna 'de Richtlijn'). [1](#) Een eerste voorstel voor een dergelijke richtlijn verscheen al twintig jaar geleden. Omdat de problematiek van de medezeggenschap van de werknemers voor moeilijkheden zorgde, kwam de behandeling stil te liggen. Pas in 2001 werd verder gegaan met de ontwikkeling van nieuwe voorstellen, omdat in dat jaar ook voor de Europese vennootschap ('SE') een compromis werd bereikt ten aanzien van de medezeggenschap van de werknemers. Voor de werknemersmedezeggenschapsregeling in de Richtlijn heeft de regeling van de SE als uitgangspunt gediend. De hoofdregel in de Richtlijn wijkt echter af van die bij de SE. Bij de totstandkoming van een SE, bijvoorbeeld door een fusie, is de vorm van de medezeggenschapsregeling in beginsel afhankelijk van hetgeen daarover wordt overeengekomen, terwijl de medezeggenschapsregeling die op de verkrijgende vennootschap bij een grensoverschrijdende fusie onder de Richtlijn van toepassing wordt, in beginsel wordt gekoppeld aan de wetgeving van de lidstaat waar de statutaire zetel van de verkrijgende vennootschap is gelegen. De Richtlijn kent een aantal uitzonderingen op het beginsel waarbij de statutaire zetel leidend is. Die uitzonderingen zijn wel gebaseerd op enkele beginselen en procedures van de communautaire regelingen uit de Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese vennootschap (hierna: 'SE-Verordening'). [2](#) De Richtlijn treedt in werking twintig dagen na de bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie. De Richtlijn is op 25 november 2005 in het officiële Publicatieblad van de Europese Unie (L 310) gepubliceerd. De Richtlijn is op 15 december 2005 in werking getreden (art. 20) en zal uiterlijk op 15 december 2007 in de Nederlandse wetgeving moeten zijn geïmplementeerd. Het is te hopen dat Nederland er in slaagt om op tijd daaraan te voldoen. In dit artikel worden bepaalde onderdelen uit de Richtlijn verkend.

2 Toepassingsgebied Richtlijn

Waarom was de Richtlijn ook al weer nodig? De Richtlijn maakt een einde aan de onduidelijkheid die bestaat over de kwestie of de nationale wet het toelaat dat kapitaalvennootschappen uit verschillende lidstaten met elkaar juridisch fuseren en of het vermogen onder algemene titel is overgegaan of 'boven de Alpen is blijven drijven'. [3](#) Bij gebreke van een communautaire regeling maakte men in de praktijk gebruik van allerlei kostbare en ingewikkelde constructies, zoals ontbinding met een activa-passiva overdracht al dan niet gecombineerd met fusie, om een resultaat te bereiken dat uiteindelijk zoveel mogelijk een gelijk resultaat als de grensoverschrijdende fusie diende op te leveren. [4](#) Wel kan voor naamloze vennootschappen sedert 1 april 2005 gebruik gemaakt worden van een grensoverschrijdende fusie waarbij een SE wordt opgericht. Die fusie vindt dan plaats hetzij doordat een bestaande naamloze vennootschap het vermogen van de verdwijnende naamloze vennootschappen overneemt en zelf de vorm van een SE aanneemt, hetzij doordat de SE bij de fusie wordt opgericht (art. 17 SE-Verordening). De verkrijgende vennootschap in de vorm van een SE kan zich - kort gezegd - vervolgens twee jaar later omzetten in een naamloze vennootschap naar het recht van de lidstaat waar zij haar statutaire zetel heeft (art. 66 SE-Verordening). Via die route van fusie en omzetting zou men bij het gewenste resultaat van een grensoverschrijdende fusie kunnen uitkomen. [5](#) Men kan zelfs uitkomen bij een BV door de Nederlandse NV vervolgens om te zetten in een BV (art. 2:183 BW juncto art. 2:18 BW). Deze omslachtige route zal onder de Richtlijn niet meer nodig zijn. Mogelijk zal de Richtlijn er toe leiden dat van een grensoverschrijdende fusie via de regelgeving van de SE praktisch geen gebruik (meer) wordt gemaakt.

De Richtlijn beoogt de wettelijke en administratieve belemmeringen voor grensoverschrijdende fusies zoveel mogelijk (verder) weg te nemen. Een vergemakkelijking van een grensoverschrijdende fusie tussen de kapitaalvennootschappen van

verschillende lidstaten zou bijdragen aan een voltooiing en goede werking van de interne markt. De Richtlijn is vooral bedoeld voor ondernemingen die minder belangstelling hebben voor de oprichting van een SE en is met name (doch niet alleen) bedoeld voor kleine en middelgrote ondernemingen. De mogelijkheid van een grensoverschrijdende fusie tussen twee of meer kapitaalvennootschappen staat logischerwijs - evenals bij de oprichting van een SE door fusie - alleen open indien ten minste twee van de te fuseren vennootschappen onder de wetgeving van verschillende lidstaten vallen. Voor Nederland behoort overeenkomstig het oorspronkelijke voorstel een NV daartoe. Onder de werkingssfeer van de Richtlijn valt thans ook een BV. ^[6] In art. 2 van de Richtlijn wordt een definitie voor de kapitaalvennootschap gegeven waarbij eerst verwezen wordt naar de vennootschappen die aan de Eerste Richtlijn (68/151/EEG) ^[7] moeten voldoen (zoals de NV en BV). ^[8]

Vervolgens wordt verwezen naar vennootschappen die rechtspersoonlijkheid hebben, een afgescheiden vermogen hebben dat uitsluitend voor de schulden van de vennootschap kan worden aangesproken en die op grond van de nationale wetgeving voldoen aan de waarborgen van de Eerste Richtlijn. Daarbij zal met name zijn gedacht aan de in andere lidstaten voorkomende coöperatieve vennootschappen. Voorts dienen alle bij de fusie betrokken kapitaalvennootschappen in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat te zijn opgericht (oprichtingsvereiste) en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese gemeenschap te hebben (vestigingsvereiste). Een grensoverschrijdende fusie waarbij een kapitaalvennootschap is betrokken die niet is opgericht conform de wetgeving van een van de lidstaten is derhalve niet mogelijk uit hoofde van de Richtlijn. Indien het hoofdbestuur van een Nederlandse NV in de Verenigde Staten zetelt zal op grond van de tekst van de Richtlijn, waaruit blijkt dat de statutaire zetel voldoende is, een fusie met een Duitse AG mogelijk zijn, terwijl er wellicht nauwelijks een band is met een van de lidstaten. ^[9] Onder de Nederlandse wetgeving is voor de vorming van een SE door grensoverschrijdende fusie bepaald dat het hoofdbestuur van een Nederlandse (verdwijnende) NV ook buiten de Europese Gemeenschap mag liggen, mits een daadwerkelijk en duurzaam verband met de economie van een lidstaat bestaat (art. 2 Uitvoeringswet Europese vennootschap juncto art. 2 lid 5 van de SE-Verordening). ^[10] De Richtlijn kent een dergelijk voorschrift niet. Voorts is voor de verkrijgende SE voorgeschreven dat de statutaire zetel en het hoofdbestuur binnen dezelfde lidstaat gelegen moeten zijn (art. 7 juncto art. 64 lid 1 SE-Verordening). In het hiervoor genoemde voorbeeld zou volgens de SE-Verordening het hoofdbestuur van de Nederlandse NV dan eerst moeten worden verplaatst. De Richtlijn kent een dergelijk voorschrift niet. Een Nederlandse NV met het hoofdbestuur in de Verenigde Staten (bijvoorbeeld een holding) kan derhalve blijkens de Richtlijn optreden als verkrijgende vennootschap bij een grensoverschrijdende fusie. De Richtlijn lijkt daarmee een ruimere strekking te hebben. Aan het oprichtingsvereiste en het vestigingsvereiste wordt voorts voldaan bij een grensoverschrijdende fusie van ten minste twee vennootschappen uit verschillende lidstaten die in Nederland zijn gevestigd (bijvoorbeeld een NV en een Engelse Plc met de hoofdvestiging of het gehele bedrijf in Nederland). Economisch gezien zal deze fusie niet echt grensoverschrijdende elementen hebben. Juridisch is deze grensoverschrijdende fusie mogelijk, omdat (ten minste) twee vennootschappen onder de wetgeving van verschillende lidstaten vallen (op de NV is Nederlands recht van toepassing en op de Plc is Engels recht van toepassing).

3 Basisbeginselen ofwel voorwaarden grensoverschrijdende fusie

Uit de voorwaarden die de Richtlijn stelt, blijkt dat de nationale wetgeving bij een grensoverschrijdende fusie een belangrijke rol speelt (art. 4).

Ten eerste is een grensoverschrijdende fusie alleen mogelijk tussen typen van kapitaalvennootschappen die krachtens de nationale wetgeving van de desbetreffende lidstaten mogen fuseren. Zo kunnen lidstaten op grond van art. 3 lid 2 en 3 van de Richtlijn coöperatieve vennootschappen van toepassing van de Richtlijn uitsluiten. Ten tweede moet een bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschap voldoen aan de bepalingen en formaliteiten van de op haar toepasselijke nationale wetgeving voor binnenlandse fusies. Volgens de Richtlijn gaat het dan in het bijzonder (dus niet uitputtend) om de bepalingen en formaliteiten die betrekking hebben (i) op het besluitvormingsproces alsmede, (ii) - rekening houdende met het grensoverschrijdende karakter van de fusie - op de bescherming van schuldeisers ^[11], obligatiehouders ^[12] en houders van effecten of aandelen en werknemers, voorzover het gaat om andere rechten dan werknemersmedezeggenschap in de zin van art. 16 Richtlijn. In de Richtlijn zijn dus geen nieuwe regels opgenomen voor de bescherming van schuldeisers. Voor de bescherming van schuldeisers dient het toepasselijke nationale recht te worden geraadpleegd.

Voorts kan een lidstaat voor de kapitaalvennootschappen die onder zijn wetgeving vallen bepalingen vaststellen met het oog op een passende bescherming van deelgerechtigden die zich als minderheid tegen de grensoverschrijdende fusie hebben verzet. Een dergelijke bepaling is ook opgenomen in de SE-Verordening voor een grensoverschrijdende fusie (art. 24 lid 2). De wetgever in Nederland heeft in de Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap (Wet van 17 maart 2005, *Stb.* 2005, 150 en 151, op 1 april 2005 in werking getreden) voor de SE geen beschermingsbepalingen voor minderheidsaandeelhouders opgesteld. Wij verwachten dat die ook niet worden opgesteld bij de implementatie van de Richtlijn. Voor minderheidsaandeelhouders blijft het natuurlijk wel mogelijk om bijvoorbeeld vernietiging te vragen van besluiten op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:15 BW).

Het basisbeginsel is dus dat de procedure van een grensoverschrijdende fusie zo nauw mogelijk aansluit bij de procedure die geldt voor een binnenlandse fusie van de betrokken fuserende vennootschap. De Richtlijn geeft derhalve slechts een beperkte aanvulling op nationale wetgeving en wel met name om bij een fusie rekening te houden met de grensoverschrijdende aspecten. Overigens geeft de Richtlijn niet aan hoe bepaald wordt welk nationaal recht van toepassing is. De Richtlijn lijkt dus, anders dan de SE-Verordening, geen eigen keuze te maken voor de incorporatieleer of het stelsel van de werkelijke zetel (*siège réel*) (mede gezien overweging 11 van de Richtlijn). ^[13] Het gegeven dat er geen keuze is gemaakt betekent dat aangeknoopt dient te worden bij de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie waarbij kort gezegd voor wat betreft de erkenning van een vennootschap en het op haar toepasselijke recht bepalend is het oprichtingsrecht. Blijkens die rechtspraak staat de incorporatieleer voorop en dient een lidstaat een vennootschap (opgericht naar het recht van een andere lidstaat) die zich vestigt op haar grondgebied te erkennen en mag die lidstaat aan die vennootschap geen beperkingen opleggen als het recht waaronder de vennootschap is opgericht dat ook niet doet. ^[14] Voor de vaststelling welke nationale wetgeving op de grensoverschrijdende fusie van toepassing is, dient gelet te worden op het recht waaronder de vennootschap is opgericht, ongeacht waar de werkelijke zetel (het hoofdbestuur) is gevestigd.

4 Het begrip 'fusie'

De Richtlijn brengt drie verschillende rechtshandelingen onder het begrip 'fusie'. De definitie strookt met de definitie uit de Derde Richtlijn (78/855/EEG) inzake binnenlandse fusies.

Ten eerste: de rechtshandeling waarbij de activa en passiva van het vermogen van één of meer verdwijnende vennootschappen (zonder liquidatie) in hun geheel overgaan op een andere reeds bestaande overnemende vennootschap tegen uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid in het kapitaal eventueel met bijbetaling in geld welke niet meer mag zijn dan 10% van de nominale waarde, of bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van deze bewijzen. Als de overnemende vennootschap een Nederlandse NV is, zal gelijk aan de Nederlandse regeling bij een nationale fusie, krachtens de ruilverhouding niet meer dan 10% van de totale nominale waarde mogen worden betaald (in geld of schuldvorderingen). Aangezien de Nederlandse wetgeving nog steeds uitgaat van een nominale waarde van de aandelen, zullen bij een fusie waarbij een Nederlandse vennootschap aandelen toekent alleen hele aandelen kunnen worden toegekend. Onze nationale wet kent bij een fusie niet de mogelijkheid om fracties toe te kennen. De fracties worden vergoed in geld en tellen mee bij het vaststellen van de 10%-grens. Een grensoverschrijdende fusie met een cash out voor minderheidsaandeelhouders behoort derhalve ook tot de mogelijkheden. Indien een lidstaat niet uitgaat van een nominale waarde maar van een fractiewaarde, zal de bijbetaling in geld beperkt zijn tot 10% van de fractiewaarde van de toegekende aandelen. Blijkens art. 3 lid 1 van de Richtlijn geldt de 10%-grens ook indien de wetgeving van ten minste een van de betrokken lidstaten een hogere grens toelaat. Opgemerkt dient te worden dat de Richtlijn in navolging van de Derde Richtlijn (voor nationale fusies) spreekt over een bijbetaling in geld. In de Nederlandse fusiewetgeving is tevens opgenomen dat de bijbetaling krachtens de ruilverhouding mag bestaan uit een recht op een schuldvordering (art. 2:325 lid 2 BW). Een schuldvordering valt ons inziens ook onder het begrip bijbetaling in geld. De betaling of aflossing zal dan alleen gedurende enige tijd zijn opgeschort overeenkomstig de voorwaarden die daaraan zijn verbonden. De Derde Richtlijn schrijft immers geen contante betaling voor. Bij een grensoverschrijdende fusie waarbij een Nederlandse verkrijgende vennootschap optreedt zal deze bijbetaling in de vorm van een schuldvordering ook mogelijk zijn. In verband daarmee zal de Nederlandse vertaling van art. 5 onder *b* van de Richtlijn ons inziens moeten worden aangepast. Blijkens die vertaling moet in het fusievoorstel naast de ruilverhouding ook het bedrag van de *contante* betaling worden vermeld. Wij gaan er van uit dat dit berust op een verkeerde vertaling van de woorden 'the amount of any cash payment' uit Engelse tekst. Temeer daar in art. 2 lid 2 van de Nederlandse vertaling van de Richtlijn het begrip 'cash payment' wel op de juiste wijze wordt vertaald met de woorden 'bijbetaling in geld'.

De Richtlijn spreekt over uitgifte van aandelen. De Derde Richtlijn spreekt over uitreiking van aandelen. In de heersende literatuur wordt ervan uitgegaan dat voor fusies tussen Nederlandse vennootschappen geen nader besluit tot uitgifte van het daartoe bevoegde orgaan nodig is en dat eventuele voorkeursrechten kunnen worden genegeerd. De aandelen worden op grond van de vastgestelde ruilverhouding toegekend bij het van kracht worden van de fusie. Krijgt men krachtens de ruilverhouding aandelen toegekend bij de fusie dan is er geen keuze voor een aandeelhouder om de aandelen al dan niet te aanvaarden bij de fusie. De toegekende aandelen komen de aandeelhouder toe als vergoeding voor het vervallen van de aandelen in de verdwijnende vennootschap. Bij een echte uitgifte (met voorkeursrechten en dergelijke) ligt dat anders, omdat de aandeelhouder kan kiezen of hij de aandelen wenst te aanvaarden onder de verplichting tot storting. Hoewel de Richtlijn spreekt over uitgifte en niet over uitreiking gaan wij ervan uit dat bij een grensoverschrijdende fusie voor een Nederlandse verkrijgende vennootschap de formaliteiten omtrent uitgifte niet gelden. Door te spreken over uitgifte wordt ons inziens wel duidelijk gemaakt dat ingekochte aandelen niet kunnen worden gebruikt voor de toekenning van aandelen. Ingekochte aandelen zijn immers al eerder uitgegeven en blijven geplaatst tot aan de intrekking. ^[15]

Ten tweede: de rechtshandeling waarbij de activa en passiva van het vermogen van twee of meer verdwijnende vennootschappen (zonder liquidatie) in hun geheel overgaan op een door hen op te richten nieuwe vennootschap tegen uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid in het kapitaal eventueel met bijbetaling in geld welke niet meer mag zijn dan

10% van de nominale waarde, of bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van deze bewijzen. De verdwijnende vennootschappen kunnen kiezen volgens welk recht van een lidstaat de nieuwe vennootschap wordt opgericht.

De Richtlijn laat toe een grensoverschrijdende fusie tussen vennootschappen die onder de wetgeving van twee verschillende lidstaten vallen en die fuseren in een op te richten vennootschap die onder de wetgeving van een andere lidstaat valt. Kunnen op grond van de Richtlijn twee verdwijnende vennootschappen die ressorteren onder de wetgeving van eenzelfde lidstaat (bijvoorbeeld Frankrijk) fuseren met een op te richten vennootschap die onder de wetgeving van een andere lidstaat (bijvoorbeeld Nederland) zal vallen? In een eerder voorstel van de Richtlijn stond in de definitie van een grensoverschrijdende fusie dat het moest gaan om kapitaalvennootschappen die bij de fusie 'betrokken zijn'. Hieruit heeft men destijds in de literatuur de voorzichtige conclusie getrokken dat voormelde fusie geen grensoverschrijdende fusie zou zijn omdat een nieuw opgerichte vennootschap niet betrokken is bij de fusie maar juist het resultaat is van de fusie. [\[16\]](#) De Richtlijn gebruikt in de definitie niet meer de woorden 'bij de fusie betrokken', maar de letterlijke tekst van art. 1 van de Richtlijn doet vermoeden dat een dergelijke fusie niet mogelijk is. Het lijkt ons dat een dergelijke grensoverschrijdende fusie mogelijk dient te zijn. Zou in het voorbeeld de Nederlandse verkrijgende vennootschap vóór de fusie zijn opgericht, dan zou er geen discussie zijn. Wij zien geen reden om deze gevallen verschillend te behandelen.

Ten derde: de rechtshandeling waarbij de activa en passiva van het vermogen van een verdwijnende vennootschap (zonder liquidatie) in hun geheel overgaan op de vennootschap die alle bewijzen van deelgerechtigdheid in het kapitaal van de verdwijnende vennootschap bezit. Voor een nationale fusie is dit gelijk aan de upstream dochter-moeder-fusie als bedoeld in art. 2:333 lid 1 BW. Voor een dergelijke grensoverschrijdende concernfusie waarbij geen aandelen worden toegekend gelden volgens de Richtlijn vereenvoudigde formaliteiten. Art. 15 van de Richtlijn verruimt - overeenkomstig de Derde Richtlijn - de vereenvoudigde procedure voor een moedervernootschap die ten minste 90% van de aandelen houdt. Verwacht mag worden dat in de te implementeren Nederlandse regelgeving de vereenvoudigde procedure gelijk zal zijn aan die van een vereenvoudigde binnenlandse fusie, waarbij dan in Nederland alleen uitgegaan wordt van 100%-verhoudingen. Voor een zogenaamde grensoverschrijdende fusie van twee volledige zustervennootschappen als bedoeld in art. 2:333 lid 2 BW lijkt, anders dan bij onze binnenlandse fusie, geen vereenvoudigde procedure mogelijk indien geen aandelen worden toegekend. Uit de formulering van de Richtlijn zou kunnen worden opgemaakt dat een zusterfusie alleen mogelijk is als aandelen worden toegekend aan de moedermaatschappij. Onze binnenlandse zusterfusie zonder toekenning van aandelen wordt echter ook niet genoemd in de Derde Richtlijn. De Derde Richtlijn laat lidstaten vrij andere vormen van fusie toe te laten. Wij nemen aan dat een zusterfusie zonder toekenning van aandelen mogelijk zou moeten zijn, indien de wetgeving van de betrokken lidstaten daarin voorziet. Er wordt immers voldaan aan de uitgangspunten van de Richtlijn [\[17\]](#), te weten een vergemakkelijking van een grensoverschrijdende fusie door de versoepeling van de voorschriften vanwege het ontbreken van een ruilverhouding.

Opgemerkt zij verder dat de driehoeksfusie niet is opgenomen. De Derde Richtlijn kent de driehoeksfusie ook niet. Nederland kent wel een eigen regeling hiervoor, omdat de lidstaten door de Derde Richtlijn vrij gelaten worden te kiezen voor andere vormen van fusie. Vanuit buitenlandse optiek zal een grensoverschrijdende driehoeksfusie tot allerlei problemen kunnen leiden en deze variant zal ons inziens vanwege die problemen en de definitie van een grensoverschrijdende fusie niet tot de mogelijkheden behoren. [\[18\]](#)

Tot slot merken wij op dat de Richtlijn (Nederlandse versie) een onderscheid maakt in de volgende termen: 'overnemende vennootschap', 'nieuwe vennootschap' en 'de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap'. Onder de term overnemende vennootschap wordt een bestaande verkrijgende vennootschap verstaan. Onder de term nieuwe vennootschap wordt een door de verdwijnende vennootschappen nieuw opgerichte verkrijgende vennootschap verstaan. Voorts spreekt de Richtlijn over 'de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap'. Vanuit Nederlands vennootschapsrechtelijk perspectief kan dat tot verwarring leiden, omdat daarmee niet alleen bedoeld is een nieuw opgerichte verkrijgende vennootschap, maar ook een bestaande verkrijgende vennootschap.

5 Gemeenschappelijk voorstel voor een grensoverschrijdende fusie

Art. 5 van de Richtlijn schrijft voor dat de leidinggevende organen of bestuursorganen een gemeenschappelijk voorstel voor een grensoverschrijdende fusie opstellen. Blijkens voormeld artikel dient een aantal elementen in het voorstel ten minste te worden vermeld. Door gebruik te maken van de woorden 'ten minste' was er geen noodzaak meer om net als bij de SE te bepalen dat fuserende vennootschappen andere gegevens aan het fusievoorstel kunnen toevoegen (art. 20 lid 2 SE-Verordening). Naast de elementen die thans ook al vermeld dienen te worden voor binnenlandse fusies (volstaan wordt hier met een verwijzing naar de Derde Richtlijn en de uitwerking daarvan in art. 2:312 lid 2 BW en art. 2:326 BW) dient een aantal aanvullende elementen te worden vermeld die verband houden met het grensoverschrijdende karakter. Zo dient op grond van art. 5 onder *a* van de Richtlijn aanvullend in het voorstel te worden opgenomen de voorgenomen rechtsvorm, de naam en de statutaire zetel van de uit de fusie ontstane overnemende vennootschap. Er kan niet worden volstaan met een enkele verwijzing naar de statuten die een onderdeel uitmaken van het voorstel. Art. 5 onder *i* van de Richtlijn schrijft voor dat het voorstel ook omvat de statuten van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap. Dit geldt ook al

onder de huidige Nederlandse wetgeving, zij het dat dan bij een oprichting een ontwerp van de akte van oprichting (en niet alleen de statuten) onderdeel dient uit te maken van het voorstel tot fusie en bij een bestaande verkrijgende vennootschap kan worden volstaan met de tekst van de statuten zoals die na fusie komen te luiden (art. 2:312 lid 2 onder *b* BW). De gekozen rechtsvorm dient die van een kwalificerende kapitaalvennootschap te zijn. Daar kan dus uit opgemaakt worden of die vennootschap al dan niet deel kan nemen aan een grensoverschrijdende fusie. De naam is van belang voor de identiteit van de vennootschap; de statutaire zetel kan bepalend zijn voor (i) de vraag of de richtlijn van toepassing is, (ii) voor de vraag welk recht op de nieuw opgerichte vennootschap van toepassing zal zijn en (iii) voor de vraag welke voorschriften betreffende werknemersmedezeggenschap van toepassing zijn.

Voorts dient het voorstel tot fusie informatie te bevatten over de wijze waarop de werknemers worden betrokken bij de vaststelling van hun medezeggenschapsrechten in de nieuw opgerichte vennootschap (art. 5 onder *j* juncto art. 16 van de Richtlijn).

6 Openbaarmaking voorstel tot grensoverschrijdende fusie

Openbaarmaking geschiedt op de wijze zoals is voorgeschreven door de wetgeving van de lidstaten overeenkomstig art. 3 van de Eerste Richtlijn. In Nederland kwalificeert het handelsregister als een register dat bij wetgeving overeenkomstig art. 3 van de Eerste Richtlijn is aangewezen tot inschrijving van bepaalde rechtspersonen (art. 2 Handelsregisterwet 1996). Voor Nederland mag derhalve worden aangenomen dat het voorstel moet worden gedeponeerd bij het handelsregister gevolgd door een aankondiging van die deponering in een landelijk verspreid dagblad. Openbaarmaking moet uiterlijk één maand voor de datum van de algemene vergadering waarin het fusiebesluit moet worden genomen plaatsvinden. Aanvullend geldt dat in het Staatsblad (in Nederland: de Staatscourant) van de betrokken lidstaat bekend gemaakt wordt (i) de rechtsvorm, de naam en de statutaire zetel van de fuserende vennootschappen, (ii) het register waarbij de stukken zijn neergelegd met het nummer van inschrijving (voor Nederland het handelsregister) en (iii) vermelding van de regelingen volgens welke de rechten van schuldeisers en, in voorkomend geval, van de minderheidsaandeelhouders worden uitgeoefend en het adres waar kosteloos volledige inlichtingen betreffende die regelingen kunnen worden verkregen. De minderheidsaandeelhouders worden hier genoemd, omdat een lidstaat bepalingen kan opstellen met het oog op een passende bescherming van minderheidsaandeelhouders die zich tegen de grensoverschrijdende fusie hebben verzet. De publicatie van in het handelsregister ingeschreven gegevens geschiedt in Nederland thans nog via een mededeling in een door de minister aangewezen publicatieblad (art. 17 Handelsregisterwet 1996). Als publicatieblad is in Nederland de Staatscourant aangewezen. Die publicatie zal op korte termijn worden vervangen door een elektronische publicatie die door de Kamers van Koophandel wordt uitgevoerd (op de website van de Kamers van Koophandel). ^[19] Op grond van art. 4 lid 1 onder *b* van de Richtlijn kan in de nationale wetgeving van een lidstaat aan de nationale autoriteiten (zoals de Minister van Justitie) het recht worden gegeven zich om redenen van algemeen belang te verzetten tegen een grensoverschrijdende fusie als dat ook al mogelijk was bij een binnenlandse fusie. In art. 7 van de Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap is overeenkomstig art. 19 van de SE-Verordening aan de Nederlandse Minister van Justitie het recht gegeven zich vanwege het algemeen belang te verzetten tegen de oprichting van een SE door fusie door een NV. In de MvT van voormelde uitvoeringswet (p. 10-11) wordt als voorbeeld genoemd het verzet tegen de verplaatsing van een geprivatiseerde onderneming met een openbare taak. Ons inziens zal de Minister van Justitie zonder aanpassing van de wetgeving omtrent binnenlandse fusies een dergelijk verzetrecht niet kunnen krijgen in het kader van een grensoverschrijdende fusie onder de Richtlijn.

7 Verslag

Art. 7 van de Richtlijn schrijft voor dat het leidinggevende orgaan of bestuursorgaan van elke fuserende vennootschap een verslag (in de Nederlandse wet aangeduid als 'toelichting') opstelt waarin de juridische en economische aspecten van de fusie worden toegelicht en onderbouwd. Tevens dient in het verslag te worden toegelicht de gevolgen voor de aandeelhouders, de schuldeisers en de werknemers. Het verslag dient aan de aandeelhouders en de (vertegenwoordigers van de) werknemers uiterlijk één maand voor de datum van de algemene vergadering waarin het fusiebesluit moet worden genomen, ter beschikking worden gesteld. De regeling inzake het verslag wijkt niet af van de regeling bij binnenlandse fusies.

8 Onafhankelijke deskundigen

De regeling opgenomen in art. 8 Richtlijn wijkt inhoudelijk nauwelijks af van die inzake binnenlandse fusies. Uitgangspunt blijft dat voor elke fuserende vennootschap een voor de aandeelhouders bestemd verslag wordt opgesteld en het blijft mogelijk om op gezamenlijk verzoek via een rechterlijke of administratieve instantie één deskundige aan te wijzen of te laten goedkeuren. Volgens de tekst gaat het om een instantie gelegen in de lidstaat waaronder een van de fuserende

vennootschappen of de nieuw op te richten vennootschap ressorteert. De Richtlijn maakt daarbij echter geen onderscheid tussen verschillende typen van kapitaalvennootschappen. De regeling dat er per fuserende vennootschap een onafhankelijke deskundige dient te zijn en voormelde mogelijkheid om af te wijken op gezamenlijk verzoek, gaan - anders dan bij een Nederlandse binnenlandse fusie - derhalve ook gelden voor een grensoverschrijdende fusie tussen vennootschappen van het BV-type.

Nieuw is de mogelijkheid om te ontkomen aan (i) een onderzoek van het voorstel tot fusie door onafhankelijke deskundigen en (ii) het deskundigenverslag. De enige voorwaarde is dat alle aandeelhouders in elke bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschap daarmee hebben ingestemd (art. 8 lid 4 Richtlijn). Deze regeling zal met name geschreven zijn ter facilitering van het midden- en kleinbedrijf en zal leiden tot een kostenbesparing. De Derde Richtlijn noemt die mogelijkheid niet voor binnenlandse fusies. Wij zien geen echte reden ^[20] om een binnenlandse fusie en een grensoverschrijdende fusie op dit punt verschillend te behandelen. Het zou een goed idee zijn om de regeling inzake binnenlandse fusies op dit punt ook aan te passen.

9 Werknemersmedezeggenschap mede gebaseerd op SE-regelgeving

Art. 16 van de Richtlijn geeft aan welke voorschriften betreffende werknemerszeggenschap van toepassing zijn op de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap. Vanwege de verwijzingen naar de SE-regelgeving is sprake van een moeilijk leesbaar geheel. De werknemersmedezeggenschapsregeling bij de SE is tot stand gekomen na een lang 'politiek debat'. Ook bij de totstandkoming van de regeling inzake de grensoverschrijdende fusie heeft met name het punt van de werknemerszeggenschap geleid tot langdurige onderhandelingen in de Raad van de Europese Unie. Uiteindelijk is na de totstandkoming van het compromis bij de SE op dit punt ook voor de grensoverschrijdende fusie een compromis bereikt. De regeling in de Richtlijn is weliswaar gebaseerd op de medezeggenschapsregeling bij de SE doch de Richtlijn kiest voor een ander uitgangspunt. Voor de bij de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap geldt als hoofdregel dat van toepassing zijn de voorschriften voor werknemersmedezeggenschap van de lidstaat waar die vennootschap haar statutaire zetel heeft (art. 16 lid 1 van de Richtlijn). Bij de SE geldt echter in beginsel dat het management van de SE en de betrokken werknemersvertegenwoordigers de medezeggenschapsregeling overeenkomen. Bij het ontwerpen van de Richtlijn bestond de vrees dat vennootschappen uit lidstaten met medezeggenschapsrecht voor werknemers misbruik van een grensoverschrijdende fusie zouden kunnen maken teneinde zich aan medezeggenschapsregelingen voor werknemers te onttrekken. ^[21] Fuserende vennootschappen zouden immers als statutaire zetel voor een op te richten overnemende vennootschap kunnen kiezen voor een plaats in een land waar geen medezeggenschapsregelingen bestaan. In verband daarmee bepaalt lid 2 van art. 16 van de Richtlijn dat de regeling van de lidstaat waar de statutaire zetel van de uit de fusie ontstane vennootschap is gevestigd ('de hoofdregel') niet altijd van toepassing is. In dat geval worden - kort gezegd - allerlei referentievoorschriften uit de SE-regelgeving en onderhandelingsvoorschriften van toepassing. De uitzonderingen die de Richtlijn kent worden hierna kort besproken.

Ten eerste geldt de hoofdregel niet indien ten minste één van de fuserende vennootschappen in de zes maanden voorafgaande aan de bekendmaking van de fusie in het Staatsblad gemiddeld meer dan 500 werknemers heeft *en* werkt met een stelsel van (vennootschapsrechtelijke) werknemersmedezeggenschap (als bedoeld in art. 2 onder *k* Richtlijn nr. 2001/86/EG inzake de rol van de werknemers bij een SE, hierna: SE-Richtlijn). Voor Nederland kwalificeert een structuurvennootschap als een vennootschap die werkt met een stelsel van werknemersmedezeggenschap overeenkomstig de SE-Richtlijn. Deze uitzondering op de hoofdregel is dus niet van toepassing als er in de zes maanden voorafgaand aan de bekendmaking van het fusievoorstel gemiddeld minder dan 500 werknemers zijn bij elk van de fuserende vennootschappen. Het kan dus van belang zijn om dat gemiddelde voor elke fuserende vennootschap op de juiste wijze te berekenen. Haalt men met die ondergrens geen enkele fuserende vennootschap dan lijkt het in eerste instantie dat de hoofdregel weer geldt; ook als ten minste een van de fuserende vennootschappen werkt met een stelsel van werknemersmedezeggenschap. Is bij die beoordeling relevant de volgende uitzondering waarbij het niveau van medezeggenschap met dat van de verdwijnende vennootschap(en) wordt vergeleken?

Ten tweede geldt volgens de tekst van art. 16 lid 2 van de Richtlijn de hoofdregel niet indien de nationale wetgeving die op de ontstane vennootschap van toepassing is a) niet voorziet in ten minste hetzelfde niveau van werknemersmedezeggenschap als in feite het geval was voor de werknemers van de betrokken fuserende vennootschappen, of b) niet voorschrijft dat werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de verkrijgende vennootschap hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten hebben als de werknemers in de lidstaat van de statutaire zetel van de verkrijgende vennootschap. Als bij het vaststellen van de eerste uitzondering blijkt dat er gemiddeld minder dan 500 werknemers zijn bij de fuserende vennootschappen en er is wel sprake van een stelsel van werknemersmedezeggenschap bij een van de fuserende vennootschappen, dan lijkt het erop dat altijd nog getoetst moet worden of de tweede uitzondering van toepassing is. Dat zou dus ook het geval zijn als er meer dan 500 werknemers gemiddeld werkzaam zijn. De vermelding van het aantal werknemers als een criterium lijkt daarmee niet zinnig te zijn, omdat in elk stelsel van werknemersmedezeggenschap dan nog het niveauverschil moet worden getoetst. In de tekst van art. 16 lid 2 van de Richtlijn is tussen de eerste uitzondering en de tweede uitzondering onder a) het woordje 'of' geplaatst.

[\[22\]](#) Wij houden het er op dat bedoeld zal zijn het woordje 'en'. Bij die lezing zou het gebruik van het criterium van 500 werknemers wel zinnig zijn en zelfstandige betekenis hebben. Daar komt bij dat de grensoverschrijdende fusie (met name) bedoeld is voor het midden- en kleinbedrijf.

Om het genoemde niveauverschil in werknemersmedezeggenschap te bepalen wordt blijkens de Nederlandse vertaling van de Richtlijn - kort gezegd - gelet op het voorgeschreven werknemersaantal in het toezichthoudende of besturende orgaan. De verwijzing naar het 'werknemersaantal' in deze vertaling wekt de indruk dat werknemers zelf deel uitmaken van de genoemde organen. De Nederlandse tekst van art. 16 lid 2 onder *a* van de Richtlijn lijkt geen juiste vertaling te zijn van de Engelse tekst waarin sprake is van 'employee representatives'. Een betere vertaling was geweest 'het aantal werknemersvertegenwoordigers' of nog beter 'het aantal personen dat met werknemersinvloed in de betreffende organen is benoemd'. Met werknemerszeggenschap in de Richtlijn wordt immers bedoeld op vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, dat wil zeggen op de invloed die werknemers of werknemersvertegenwoordigers hebben op de gang van zaken bij een vennootschap via een recht om de samenstelling van het bestuur of de raad van commissarissen te beïnvloeden. De invloed van de werknemers kan blijkens de SE-Richtlijn zijn gelegen in een benoemingsrecht, maar ook via een recht van aanbeveling of bezwaar. Of het niveau van werknemersmedezeggenschap bij de uit de fusie ontstane vennootschap (volgens het recht van de statutaire zetel) gelijk is aan het niveau van de verdwijnende vennootschappen wordt gemeten naar het aantal personen dat in het bestuur of de raad van commissarissen met werknemersinvloed is benoemd. Voor Nederland moet dan gedacht worden aan de structuurvennootschap waarbij de ondernemingsraad het recht heeft personen als commissaris aan te bevelen voor de voordracht van de raad van commissarissen en waarbij voor eenderde van het aantal commissarissen de ondernemingsraad een versterkt aanbevelingsrecht heeft. Voorts wilde men, zoals hiervoor bij de tweede uitzondering onder *b* gemeld (art. 16 lid 2 onder *b* Richtlijn), regelen dat werknemers van een fuserende vennootschap in een lidstaat die na een fusie werknemer van de buitenlandse vestiging worden, van een uit de fusie ontstane vennootschap hetzelfde medezeggenschapsrecht hebben als de werknemers in de lidstaat waar de statutaire zetel van de uit de fusie ontstane vennootschap is gevestigd. Als degenen die na de fusie werknemer zijn geworden in de buitenlandse vestiging van de verkrijgende vennootschap niet hetzelfde medezeggenschapsrecht hebben volgens de nationale wet die van toepassing is op die uit de fusie ontstane vennootschap, geldt evenmin de regeling van de medezeggenschap van de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap de statutaire zetel heeft.

Als de uitzonderingen op de hoofdregel van toepassing zijn, is blijkens lid 3 van art. 16 Richtlijn de aldaar genoemde regeling uit de SE-Verordening en SE-Richtlijn van toepassing, hetgeen zal leiden tot een onderhandelingsproces met een bijzondere onderhandelingsgroep als vertegenwoordiger van de werknemers. Omdat een onderhandelingsproces lang zou kunnen duren moeten de lidstaten aan de organen van de vennootschap de mogelijkheid bieden om onmiddellijk en zonder onderhandeling te kiezen voor de toepassing van de referentievoorschriften in de wet van de lidstaat van de statutaire zetel van de uit de fusie ontstane vennootschap (zoals opgenomen in de SE-Richtlijn). Toepassing van de referentievoorschriften kan - kort gezegd - ertoe leiden dat - indien niet anders is overeengekomen - het zwaarste medezeggenschapsregime geldt indien ten minste eenderde van de werknemers voor de fusie onder dat regime viel (art. 7 lid 2 juncto deel 3 van de Bijlage SE-Richtlijn). [\[23\]](#) Ook de bijzondere onderhandelingsgroep mag van de onderhandelingen afzien of die beëindigen en de voorschriften van medezeggenschap volgen van de lidstaat waar de statutaire zetel van de uit de fusie ontstane vennootschap is gelegen. [\[24\]](#) De regelingen zijn door de verwijzingen naar de SE-regelgeving niet geheel duidelijk. [\[25\]](#) Kortom: voer voor andere specialisten op dat terrein.

10 Besluitvorming

Art. 9 van de Richtlijn bepaalt dat de algemene vergadering van elke fuserende vennootschap het voorstel tot fusie dient goed te keuren. In feite gaat het dan om een besluit tot fusie na afloop van de verzetstermijn. Voor binnenlandse fusies en de oprichting van een SE door fusie geldt hetzelfde. Art. 9 van de Richtlijn geeft lidstaten de mogelijkheid om het bestuur van de verkrijgende vennootschap tot fusie te laten besluiten. Er moet dan wel in de nationale wetgeving - zoals in onze huidige regeling voor binnenlandse fusies - worden voldaan aan de voorwaarden van art. 8 van de Derde Richtlijn. Die voorwaarden zijn korthedshalve (i) openbaarmaking van het fusievoorstel gedurende één maand voor de algemene vergadering, (ii) een recht op inzage voor aandeelhouders ten kantore van de vennootschap gedurende die maand en (iii) houders van ten hoogste 5% van het geplaatste kapitaal kunnen verlangen dat een algemene vergadering bijeengeroepen wordt om over het fusievoorstel te besluiten. Onder de SE-regelgeving is het overigens niet mogelijk om de verkrijgende SE bij bestuursbesluit te laten besluiten tot de (grensoverschrijdende) fusie.

Voor de algemene vergadering van elke fuserende vennootschap bestaat - mede vanwege het mogelijk langdurige onderhandelingsproces - de mogelijkheid zich het recht voor te behouden de totstandkoming van de grensoverschrijdende fusie afhankelijk te stellen van een uitdrukkelijke bekrachtiging van de regelingen inzake de werknemerszeggenschap die bij de nieuwe vennootschap worden vastgesteld.

11 Toezicht op de rechtmatigheid van de fusie

Art. 10 en 11 van de Richtlijn geven regels omtrent het toezicht op de rechtmatigheid van de fusie. De regeling is gebaseerd op de regeling van de Derde Richtlijn en verder geïnspireerd op art. 26 en 27 van de SE-Verordening.

Bij het toezicht dient onderscheid te worden gemaakt in toezicht op de naleving van de nationale voorschriften en in toezicht op naleving van de voorschriften die betrekking hebben op de verwezenlijking van de grensoverschrijdende fusie. Elke lidstaat wijst de rechter, notaris of andere instantie aan die met het toezicht is belast.

Voor wat betreft de nationale voorschriften heeft het toezicht van de aangewezen instantie alleen betrekking op de rechtmatigheid van het besluitvormingsproces van de fuserende vennootschap van die lidstaat. De desbetreffende aangewezen instantie (voor Nederland zal dat ongetwijfeld de notaris zijn) dient aan elke fuserende vennootschap een attest af te geven waaruit afdoende blijkt *dat de aan de fusie voorafgaande handelingen en formaliteiten correct zijn verricht*. In het attest hoeft dus niet te worden opgenomen dat de *rechtshandelingen* correct zijn verricht. Het attest zou dan immers suggereren dat de notaris ook instaat voor de rechtsgeldigheid van de verrichte handelingen (zoals bijvoorbeeld dat iedere stem in de algemene vergadering rechtsgeldig is uitgebracht). ^[26] Het toezicht strekt zich derhalve net als bij een binnenlandse fusie niet uit over de inhoud van het voorstel van grensoverschrijdende fusie. De notaris zal bijvoorbeeld bij het afgeven van het attest wel er op dienen te letten dat de bij de grensoverschrijdende fusie betrokken vennootschap de juiste rechtsvorm heeft. Indien bijvoorbeeld een coöperatieve vennootschap deelneemt aan een grensoverschrijdende fusie, doch de lidstaat heeft bepaald dat die vennootschap niet aan een grensoverschrijdende fusie kan deelnemen, zal ons inziens ongeacht de inhoud van het attest niet sprake kunnen zijn van een grensoverschrijdende fusie.

Voor wat betreft de voorschriften inzake de grensoverschrijdende fusie heeft het toezicht van de aangewezen instantie (voor Nederland zal dat ongetwijfeld de notaris zijn) betrekking op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie met betrekking tot de verwezenlijking van die fusie en, indien van toepassing, op de oprichting van de nieuwe vennootschap indien die ressorteert onder de nationale wetgeving van die toezichthouder. De toezichthouder zal dan eerst het attest van de andere nationale toezichthouders moeten ontvangen en die attesten mogen niet eerder dan zes maanden zijn afgegeven. Tevens zal hij moeten ontvangen een afschrift van het gemeenschappelijk voorstel voor de grensoverschrijdende fusie nadat het besluit tot fusie door de algemene vergadering van elke fuserende vennootschap is genomen (of indien van toepassing, het besluit van het bestuur van de verkrijgende vennootschap). In de Richtlijn wordt niet duidelijk gemaakt hoever deze vorm van toezicht reikt. De Richtlijn meldt wel dat de toezichthouder zich met name ervan moet vergewissen (i) dat de betrokken organen van de fuserende vennootschappen op basis van gemeenschappelijke voorstellen van *gelijke strekking* hebben besloten en (ii) dat, indien van toepassing, de regelingen met betrekking tot de werknemerszeggenschap zijn vastgesteld overeenkomstig art. 16 van de Richtlijn. Evenals bij de regeling van de SE betekent dit dat de notaris de nodige zorgvuldigheid in acht moet nemen bij de vaststelling of de medezeggenschapsregeling bij de grensoverschrijdende fusie voldoet aan de eisen van de Richtlijn. Het kan onder omstandigheden verstandig zijn om een opinie te vragen van een deskundige op het terrein van het medezeggenschapsrecht.

Ten aanzien van de datum waarop de grensoverschrijdende fusie van kracht wordt (na de diverse controles van de toezichthouder en dergelijke), is volgens de Richtlijn bepalend de wetgeving van de lidstaat waaronder de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap valt. Indien dat een Nederlandse vennootschap zou zijn, dan zal de fusie van kracht worden een dag na het passeren van de notariële akte.

De Richtlijn maakt verder duidelijk dat een van kracht geworden grensoverschrijdende juridische fusie - de controles van de toezichthouders hebben dan al plaatsgevonden - niet meer vernietigd kan worden. Met deze bepaling wordt aan alle bij de fusie betrokken belanghebbenden en derden in de verschillende lidstaten volledige zekerheid verschaft en de hierna te noemen rechtsgevolgen worden derhalve niet ongedaan gemaakt. ^[27] De Richtlijn zegt in algemene zin dat de nietigheid niet kan worden uitgesproken. Wij zouden dit zo willen uitleggen dat de grensoverschrijdende fusie nimmer kan worden vernietigd, noch bij gebreken in het naleven van formaliteiten uit de Richtlijn noch op grond van nationale wetgeving van een lidstaat (bijvoorbeeld op grond van een besluit in strijd met redelijkheid en billijkheid in geval van een fusie die uitsluitend en alleen bedoeld is om de minderheid uit te kopen). ^[28] Dit wijkt af van het systeem bij een binnenlandse fusie in Nederland waarbij nog zes maanden na de inschrijving van de fusie gevreesd zou kunnen worden dat de fusie wordt vernietigd. Een rechter zal een binnenlandse fusie echter niet snel vernietigen maar een eventueel verzuim laten herstellen of schadevergoeding toewijzen. Bij een grensoverschrijdende fusie blijft het mogelijk een schadevergoeding toe te wijzen en die staat ons inziens los van de mogelijkheid van vernietiging van de fusie. ^[29]

12 Slot: rechtsgevolgen van de fusie

Art. 14 van de Richtlijn vermeldt als rechtsgevolgen van de grensoverschrijdende fusie (in overeenstemming met de Derde Richtlijn) dat (i) het vermogen (zowel de activa als de passiva) van de overgenomen respectievelijk fuserende vennootschappen in zijn geheel overgaat op de overnemende respectievelijk nieuwe vennootschap, (ii) de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap ^[30] en (iii) de verdwijnende vennootschappen ophouden te bestaan. Het kan zijn dat de wetgeving van een betrokken lidstaat bijzondere

formaliteiten voorschrijft om de overgang van bepaalde activa en passiva aan derden te kunnen tegenwerpen. Dergelijke formaliteiten dienen dan te worden verricht door de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap, maar het principe van de overgang onder algemene titel staat ons inziens dan niet meer ter discussie en 'het in de Alpen drijvend vermogen' waarover Dortmund [\[31\]](#) eerder schreef kan veilig op zijn bestemming 'landen'.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Mr. J.D.M. Schoonbrood is notaris te Amsterdam. Mr. R. Bosveld is kandidaat-notaris te Amsterdam.

[\[1\]](#)

Blijkens de stemmings is de Richtlijn aangenomen met een gekwalificeerde meerderheid en heeft Italië tegen gestemd. Italië had al eerder voorbehouden gemaakt bij teksten van de Richtlijn. Zou Italië hebben tegengestemd omdat een internationale fusie naar Italiaans recht wel al mogelijk was?

[\[2\]](#)

Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) en Richtlijn nr. 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers.

[\[3\]](#)

Zie hierover G. van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1994, p. 209 en over de 'Alpenfusie' P.J. Dortmund, 'Ontwerprichtlijn grensoverschrijdende fusies', *Ondernemingsrecht* 2004, 012, p. 40-41.

[\[4\]](#)

Niet ingegaan wordt hier op de prejudiciële beslissing die aan het Europees Hof van Justitie inzake SEVIC Systems Aktiengesellschaft op 29 november 2003 is gevraagd in verband met een internationale fusie tussen een Duitse en een Luxemburgse vennootschap inzake de weigering om die fusie overeenkomstig het Umwandlungsgesetz in het Duitse Handelsregister in te schrijven. De advocaat-generaal heeft op 7 juli 2005 onder meer geconcludeerd dat een regeling zoals opgenomen in het Umwandlungsgesetz waarbij een inschrijving van een internationale fusie in het handelsregister niet is toegestaan, in strijd is met de vrijheid van vestiging (art. 43 en 48 EG-Verdrag). Deze zaak is te raadplegen via www.curia.eu.int (zaaknummer C-411/03).

[\[5\]](#)

Zie hierover mede in verband met zetelverplaatsing J.N. Schutte-Veenstra, 'EG-harmonisatie van vennootschapsrecht; een stand van zaken', *SEW* 2003, p. 121-129.

[\[6\]](#)

Omzetting van een BV in een NV is dus niet meer nodig. Een dergelijke omzetting is wel nodig als een BV betrokken is als overnemende vennootschap bij een fusie via een SE volgens de SE-Verordening.

[\[7\]](#)

Het gaat hier om de Eerste Richtlijn op het gebied van het vennootschapsrecht waarin voorschriften staan ten aanzien van publicatieverplichtingen, vertegenwoordigingsbevoegdheid en nietigheid van kapitaalvennootschappen.

[\[8\]](#)

De Richtlijn geldt overigens niet voor instellingen voor collectieve belegging in effecten (ICBE) in de zin van art. 1 van de Richtlijn nr. 85/611/EEG. Voorts kunnen lidstaten coöperatieve vennootschappen van toepassing van de Richtlijn uitsluiten (art. 3 lid 2 en 3 van de Richtlijn).

[\[9\]](#)

G. van Solinge, a.w., p. 212-213.

[\[10\]](#)

Zie hierover H.J. de Kluiver, *De Europese vennootschap*, Preadvies Vereeniging Handelsrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 42.

[\[11\]](#)

Bijvoorbeeld conform art. 2:316 BW.

[\[12\]](#)

Bijvoorbeeld conform art. 2:320 BW.

[\[13\]](#)

De SE-Verordening kiest wel voor de werkelijke zetel als aanknopingspunt voor het toepasselijke recht. De statutaire zetel van de SE moet binnen de Gemeenschap zijn gelegen in dezelfde lidstaat als de werkelijke zetel (het hoofdbestuur) (art. 7 van de Verordening). Zie hierover H.J. de Kluiver, a.w., p. 10 e.v. Zie voorts H.J. Portengen & L.F.A. Steffens, 'Grensoverschrijdende fusie van vennootschappen: welk recht?', *Ondernemingsrecht* 2004, 221, p. 566-572.

[\[14\]](#)

Zie onder meer HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, *Jur.* 1988 (*Daily Mail*) en HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, *Jur.* 2002 (*Überseering*) en HvJ EG 5 november 2003, zaak C-167/01, *JOR* 2003/249 (*Inspire Art*). Zie over de leer van de werkelijke zetel bij de SE en mogelijke problemen en gevolgen: H.J. de Kluiver, a.w., p. 10-13.

[15]

Volgens Raaijmakers kunnen ingekochte aandelen wel worden uitgereikt; *Rechtspersonen, Juridische Fusie*, art. 325, aant. 7 sub c. Anders G. van Solinge, a.w., p. 76 en aldaar genoemde literatuur en P.J. Dortmund, 'Splittings van rechtspersonen', *De NV* 1996, p. 37.

[16]

G. van Solinge, a.w., p. 216-217 die dan de Derde Richtlijn (78/855/EEG) (inzake nationale fusies) van toepassing acht op de fusie waarbij in het voorbeeld op de fusie het Franse recht van toepassing zou zijn en op de oprichting het Nederlandse recht.

[17]

Zie hierover voor wat betreft de SE- fusieregeling in dezelfde zin: H.J. de Kluiver, a.w., p. 53.

[18]

Zie hierover G. van Solinge, a.w., p. 318-322 en voor de SE H.J. de Kluiver, a.w., p. 53.

[19]

Wetsvoorstel strekkende tot wijziging van de Handelsregisterwet 1996 ter uitvoering van Richtlijn nr. 2003/58/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 juli 2003 tot wijziging van de Eerste Richtlijn; *Kamerstukken II* 2004/05, 30 144. Zie hierover recent J.N. Schutte-Veenstra in 'Uitvoering gewijzigde eerste EEG-richtlijn vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2005, 191, p. 554-555.

[20]

Het gaat tenslotte om regelingen die de aandeelhouders betreffen. Aan het aspect van de kapitaalbescherming hierbij gaan we voorbij onder meer vanwege het recht van verzet van crediteuren.

[21]

Zo kennen Frankrijk, Ierland, Malta, Litouwen en Griekenland blijkens onze informatie alleen voorgeschreven medezeggenschapsregelingen voor staatsbedrijven en kennen Groot-Brittannië, Italië, België, Estland, Letland, Spanje en Portugal blijkens onze informatie geen medezeggenschapsregeling.

[22]

In een eerdere versie van de Richtlijn stond het woordje 'en' en werd de ondergrens van 500 werknemers niet genoemd (versie 27 juli 2004 destijds art. 14 lid 2). In een latere tekst is toegevoegd de ondergrens en is het woordje 'en' vervangen door 'of' (zie versie 22 november 2004).

[23]

Denemarken heeft opgemerkt dat de drempel 25% diende te zijn, gelijk aan het percentage in de SE-regelgeving en Denemarken zou dit lagere percentage graag ook bij toekomstige EG-regelgeving weer terug willen zien.

[24]

Niet besproken worden hier de regeling die ziet op monistische bestuursstructuren en de beperking van de werknemersvertegenwoordigers in het bestuursorgaan (zie daartoe art. 16 lid 4 onder c van de Richtlijn).

[25]

Zie over de SE-regelgeving en de onbegrijpelijkheid van de werknemersmedezeggenschapsregelingen: P.A.M. Witteveen, *De Europese vennootschap*, Preadvis Vereeniging Handelsrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 139-230.

[26]

Zie hierover voor de SE, H.J. de Kluiver, a.w., p. 55 e.v. Deze problematiek is bij de grensoverschrijdende fusie vergelijkbaar als bij de SE.

[27]

Bij de Derde Richtlijn is dit anders. Daar kan de vernietiging in de wetgeving van de lidstaten worden geregeld onder bepaalde voorwaarden; art. 22 Derde Richtlijn.

[28]

Dat zal niet snel worden aangenomen blijkens het recente oordeel van de Ondernemingskamer met betrekking tot de voorgenomen juridische fusie na het openbaar bod door Tele2 Finance B.V. op de aandelen Versatel Telecom International N.V.; OK 27 september 2005.

[29]

Vergelijk Rb. Amsterdam 6 februari 2002, *JOR* 2002/61 (*LeyInvest/Vendex KBB*) ten aanzien van art. 2:323 lid 5 BW.

[30]

Art. 14 lid 5 van de Richtlijn laat overeenkomstig art. 19 lid 2 Derde Richtlijn aandelen in de overgenomen vennootschap die door de fuserende vennootschappen voor eigen rekening worden gehouden niet meedoen in de ruil (volgens de Nederlandse fusiewetgeving komen de aandelen in de verdwijner gehouden door of voor rekening van de fuserende vennootschappen te vervallen; art. 2:325 lid 4 BW).

[31]

Zie noot 3.