

Reactie De Brauw Blackstone Westbroek N.V. op het voorontwerp tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (PbEU L 321/1) (Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen)

7 maart 2022

1 INLEIDING

De Brauw Blackstone Westbroek maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het voorontwerp (het "**Voorontwerp**") van 7 februari 2022 tot Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (PbEU L 321/1) (Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen) (de "**Richtlijn**").

In onze reactie richten wij ons op drie elementen van het Voorontwerp:

- het uittreedrecht, de mogelijkheid voor aandeelhouders de redelijkheid van de ruilverhouding te laten toetsen en de daarmee samenhangende bepalingen,
- de toegang tot autoriteiten voor de notaris bij fraudeonderzoek; en
- de voorgestelde wijziging van artikel 3a:6 Wft.

2 DE SCHADELOOSSTELLING VOOR UITTREDENDE AANDEELHOUDERS

2.1 Inleiding

Aandeelhouders van een beursgenoteerde vennootschap kunnen op elk moment uittreden door hun aandelen tegen de marktwaarde op de beurs te verkopen. Zij hebben de bescherming van het uittreedrecht dus eigenlijk niet nodig.¹

Een complicerende factor bij toepassing van het uittreedrecht bij beursgenoteerde vennootschappen is dat aandeelhouders het uittreedrecht kunnen aanwenden als een "put optie" voor hun aandelen. Aandeelhouders zouden tegen de grensoverschrijdende fusie kunnen stemmen met als enig doel de optie open te houden uit te treden in het geval de koers zakt onder de vooraf gefixeerde uittreedvergoeding.

Dit knelpunt wordt niet geïntroduceerd door de Richtlijn of het Voorontwerp. Het huidige artikel 2:333h BW voorziet al in een uittreedregeling bij grensoverschrijdende fusie. In de praktijk wordt het hiervoor genoemde risico geadresseerd door in de statuten op te nemen dat de uittreedvergoeding wordt bepaald op basis van een formule, die de uittreedvergoeding per aandeel gelijk stelt aan de beurskoers direct voorafgaand aan de fusie (of een daarmee

¹ Zie ook Kamerstukken I 2007-2008, 30 929 C, p. 7.en W.J.M. van Veen GS Rechtspersonen, art 2:333h BW aant. 1.1.

vergelijkbare regeling).² We doen hierna in paragraaf 2.2 een voorstel tot verbetering van het Voorontwerp dat hiermee verband houdt. In de andere onderdelen van paragraaf 2 doen wij enkele overige suggesties tot verbetering die samenhangen met de uittreedregeling.

2.2 Artikel 2:333h lid 4 Voorontwerp

De hiervoor beschreven praktijk heeft zijn grondslag in de laatste zin van huidig artikel 2:333h lid 2 BW:

"De benoeming van deskundigen kan achterwege blijven, indien de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouder partij zijn, een duidelijke maatstaf bevatten aan de hand waarvan de schadeloosstelling zonder meer kan worden vastgesteld."

Deze regeling lijkt onder de Richtlijn niet langer zo toegestaan. Aandeelhouders moet immers de gelegenheid worden geboden de vaststelling van de waarde te laten toetsen door een onafhankelijke deskundige. In het Voorontwerp komt de regeling echter in geheel niet meer terug, terwijl een vergelijkbaar deel van het huidige artikel 2:333h BW wel *mutatis mutandis* in het Voorontwerp is opgenomen.³

In verband met het voorgaande en enkele andere aandachtspunten die wij hierna zullen bespreken stellen wij de volgende aanpassing voor van artikel 2:333h lid 4 Voorontwerp.

"De aandeelhouders die een verzoek als bedoeld in lid 1 hebben ingediend en van oordeel zijn dat de voorgestelde schadeloosstelling niet redelijk is, kunnen ~~[@1]verzoeken de schadeloosstelling opnieuw te laten bepalen~~ een aanvullende schadeloosstelling vorderen, vast te stellen door een of meer onafhankelijke deskundigen te benoemen door de voorzitter van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam. Indien tussen partijen op grond van de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn, bepalingen over de vaststelling van de waarde van de aandelen of de vaststelling van de schadeloosstelling gelden, ~~[@2] of indien de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn een duidelijke maatstaf bevatten aan de hand waarvan de schadeloosstelling zonder meer kan worden vastgesteld,~~ stellen de deskundigen hun bericht op met inachtneming daarvan. De artikelen 351 en 352 zijn van toepassing. Het verzoek tot benoeming van deskundigen kan worden gedaan binnen zes weken na de datum van het besluit tot fusie als bedoeld in artikel 317 lid 1. De bepaling van de hoogte van de schadeloosstelling door de deskundigen is bindend voor alle houders van aandelen van dezelfde soort of aanduiding die een verzoek als bedoeld in lid 1 hebben ingediend. ~~[@3] Indien bij de bepaling van de hoogte van de schadeloosstelling door de deskundigen rekening is gehouden met een overeenkomst waarbij de vennootschap en de~~

² Zie hierover ook R.H. Kleipool, C.R. Nagtegaal, 'De grensoverschrijdende fusie als pre-wired herstructurering', TOP 2016, 5.

³ Namelijk: "Indien tussen partijen op grond van de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn, bepalingen over de vaststelling van de waarde van de aandelen of de vaststelling van de schadeloosstelling gelden, stellen de deskundigen hun bericht op met inachtneming daarvan".

aandeelhouders partij zijn, dan is de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding alleen bindend voor de partijen bij die overeenkomst.

@1 Deze aanpassing is naar ons oordeel vereist om de regeling in lijn te brengen met artikel 126bis lid 4 van de Richtlijn. Anders dan volgt uit het voorstel zoals opgenomen in het Voorontwerp, lijkt het onder de Richtlijn niet mogelijk dat de door de deskundigen vastgestelde vergoeding lager is dan de in het fusievoorstel opgenomen vergoeding. Het vragen van een hogere uittreedvergoeding is daarmee overigens in zekere zin een "spel zonder nieten" voor de aandeelhouders. Dit vergroot het belang van een regeling die aandeelhouders ontmoedigt om enkel om speculatieve redenen tegen te stemmen en uit te treden.

@2 Dit betreft de in de inleiding besproken wijziging. De tekst is gebaseerd op het huidige artikel 2:333h BW.

@3 Dit betreft een technische aanpassing. Indien niet alle uittreedende aandeelhouders bij de betreffende overeenkomst partij zijn, dient de daarin opgenomen regeling niet de basis te vormen voor de vergoeding voor de overige aandeelhouders.

2.3 Artikel 2:333g lid 2 Voorontwerp

Wij menen dat artikel 2:333g lid 1 van het Voorontwerp één technische aanpassing behoeft. Indien zowel de vennootschap, als de in artikel 2:333h lid 4 Voorontwerp bedoelde onafhankelijke deskundigen rekening houden met contractuele of statutaire regelingen, lijkt het aannemelijk dat de accountant dit ook doet. Daarnaast stellen wij één andere aanpassing voor die verband houdt met de door de accountant af te geven verklaring.

Dat resulteert in de volgende voorstellen tot aanpassing:

"In aanvulling op artikel 328 lid 1 eerste volzin moet de accountant verklaren of de voorgestelde schadeloosstelling bij toepassing van artikel 333h naar zijn oordeel redelijk is. Bij de beoordeling van de schadeloosstelling houdt de accountant rekening met de eventuele marktprijs van de aandelen in de verdwijnende vennootschappen vóór de aankondiging van het fusievoorstel, of met de waarde van de vennootschappen, exclusief de gevolgen van de voorgestelde fusie, zoals bepaald volgens algemeen aanvaarde waarderingmethoden. Indien tussen partijen op grond van de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn, bepalingen over de vaststelling van de waarde van de aandelen, [1] de vaststelling van de ruilverhouding, of de vaststelling van de schadeloosstelling gelden, of indien de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn een duidelijke maatstaf bevatten aan de hand waarvan de waarde van de aandelen of de schadeloosstelling zonder meer kan worden vastgesteld, stelt de accountant zijn verklaring op met inachtneming daarvan."

@1 De achtergrond van het voorstel om "de vaststelling van de ruilverhouding" in dit artikel op te nemen, lichten wij toe in paragraaf 3.5.

@2 Deze wijziging ziet erop dat het denkbaar is dat de uiteindelijk te betalen schadeloosstelling hoger is dan de in het fusievoorstel opgenomen schadeloosstelling. Dat blijkt dan pas nádat het fusiebesluit genomen is. Indien in zo'n geval een nieuwe accountantsverklaring zou moeten worden verkregen, zou dit het fusieproces ernstig kunnen verstoren.

3 HET AANPASSEN VAN DE RUILVERHOUDING

3.1 Inleiding

De Richtlijn schrijft voor dat aandeelhouders die geen gebruik maken, of geen gebruik kunnen maken van het uittreedrecht, een verzoek kunnen indienen om de ruilverhouding opnieuw te laten bepalen door één of meer deskundigen. Het Voorontwerp implementeert deze regeling in artikel 2:333h lid 5 Voorontwerp. Een aantal van de hierboven genoemde aanbevelingen ten aanzien van het uittreedrecht geldt *mutatis mutandis* voor deze regeling, zoals wij hierna toelichten.

3.2 Artikel 2:333h lid 5 Voorontwerp

Onze suggesties met betrekking tot artikel 2:333h lid 5 van het Voorontwerp, komen deels overeen met de suggesties die we in paragraaf 2 deden ten aanzien van het uittreedrecht. Daarnaast hebben we een technische suggestie ten aanzien van de door de Nederlandse notaris te verlijden akte.

"De aandeelhouders van de fuserende vennootschappen die niet over de mogelijkheid beschikken om een verzoek als bedoeld in lid 1 in te dienen of die geen verzoek als bedoeld in lid 1 hebben ingediend en van oordeel zijn dat de voorgestelde ruilverhouding van de aandelen niet redelijk is, kunnen verzoeken om de ruilverhouding opnieuw te laten bepalen door een of meer onafhankelijke deskundigen te benoemen door de voorzitter van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam. Indien tussen partijen op grond van de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn, bepalingen over de vaststelling van de waarde van de aandelen [a1] of de vaststelling van de ruilverhouding gelden, [a2] of indien de statuten of een overeenkomst waarbij de vennootschap en de desbetreffende aandeelhouders partij zijn een duidelijke maatstaf bevatten aan de hand waarvan de waarde van de aandelen of de ruilverhouding zonder meer kan worden vastgesteld, stellen de deskundigen hun bericht op met inachtneming daarvan. De artikelen 351 en 352 zijn van toepassing. Het verzoek tot benoeming van onafhankelijke deskundigen kan worden gedaan binnen zes weken na de datum van het besluit tot fusie als bedoeld in artikel 317 lid 1. Het verzoek staat niet in de weg aan het afgeven van de verklaring bedoeld in artikel 333i lid 3 door de notaris [a3], respectievelijk het verlijden van de in artikel 2:318 lid 1 bedoelde akte. De bepaling van de ruilverhouding van de aandelen door de onafhankelijke deskundigen is bindend voor de verkrijgende vennootschap en voor alle houders van aandelen van dezelfde soort of aanduiding die niet over de mogelijkheid beschikken om een verzoek als bedoeld in lid 1 in te dienen of geen verzoek als bedoeld in lid 1 hebben ingediend. [a4] Indien bij de bepaling van de ruilverhouding door de deskundigen rekening is gehouden met een overeenkomst waarbij de vennootschap en de aandeelhouders partij zijn, dan is de bepaling van de hoogte van de waarde alleen bindend voor de partijen bij die overeenkomst. Overeenkomstig de ruilverhouding van de aandelen zoals bepaald door de onafhankelijke deskundigen worden de aandeelhouders

gecompenseerd door bijbetaling van een bedrag in geld of door toekenning van aandelen in de verkrijgende vennootschap, ter keuze van deze aandeelhouders. [@5 Een verzoek als bedoeld in dit artikel kan niet leiden tot een aanpassing van de ruilverhouding ten nadele van de verzoekende aandeelhouders.](#) "

@1, @2, @4 Deze voorgestelde wijzigingen hebben dezelfde achtergrond als de door ons in paragraaf 2 voorgestelde wijzigingen.

@3 Deze wijziging ziet op de rol van de notaris. Artikel 2:333h lid 5 Voorontwerp geldt zowel voor een fusie waarbij de Nederlandse vennootschap de verkrijgende vennootschap is, als waarbij de Nederlandse vennootschap de verdwijnende vennootschap is. In het eerste geval zal de notaris niet het in artikel 2:333i lid 3 BW bedoelde attest afgeven, maar de fusieakte als bedoeld in artikel 2:318 lid 1 BW verlijden. Ongeacht of de Nederlandse vennootschap de verkrijgende, of de verdwijnende vennootschap is zou een procedure op grond van artikel 2:333h lid 5 Voorontwerp de fusie niet moeten vertragen.

@5 Wij menen dat, overeenkomstig wat geldt voor het vaststellen van de schadeloosstelling, een verzoek als bedoeld in dit artikel niet tot een voor de verzoekende aandeelhouder nadelige aanpassing van de ruilverhouding kan leiden. Wij begrijpen dit uit het feit dat de Richtlijn wel spreekt over bijbetaling, maar niet over terugbetaling. Daarnaast wordt wel gesproken over de toekenning van extra aandelen, maar niet over de intrekking van reeds toegekende aandelen. Om onduidelijkheid weg te nemen, stellen wij voor dit te expliceren in de wettekst.

3.3 Voorstel voor een nieuw lid in het Voorontwerp: artikel 2:333h lid 6

Een aanpassing van de ruilverhouding kan er toe leiden dat ná het tot stand komen van de fusie extra aandelen moeten worden toegekend. Dit roept een aantal praktische vragen op. Het door ons voorgestelde artikellid 2:333h lid 6 is bedoeld deze te adresseren:

"[\[@1\] Indien de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar Nederlands recht is en de fusie reeds heeft plaatsgevonden, geschiedt de toekenning van aandelen overeenkomstig lid 5 van dit artikel bij een daartoe bestemde ten overstaan van een in Nederland standplaats hebbende notaris verleden akte waarbij de verkrijgende vennootschap partij is. Deze aandelen gelden als ter gelegenheid van de fusie toegekende aandelen, verkregen per het verlijden van de hiervoor bedoelde akte.](#)[\[@2\] Indien na toekenning van de aandelen het aantal aandelen van de betreffende soort dat geplaatst is het aantal aandelen van die soort dat deel uitmaakt van het maatschappelijk kapitaal zou overtreffen, wordt het aantal aandelen van die soort in het maatschappelijk kapitaal van rechtswege verhoogd tot het geplaatst kapitaal met inachtneming van de extra toegekende aandelen.](#)[\[@3\] Artikel 126 respectievelijk 236 zijn op deze statutenwijziging van toepassing.](#)"

@1 Artikel 2:318 lid 2 BW bepaalt dat de fusie van kracht wordt op de dag na het verlijden van de notariële akte van fusie. Dat is ook het moment waarop de aandelen worden toegekend. Het Voorontwerp specificeert nog niet wanneer de

extra aandelen die na toepassing van artikel 2:333h lid 5 BW eventueel dienen te worden toegekend ontstaan. Ons voorstel is te bepalen dat deze aandelen worden toegekend bij notariële akte. Net als bij fusie, is hierbij sprake van een toekenning van aandelen en daarmee niet van een uitgifte van aandelen. De ontvangende aandeelhouders hoeven geen partij te zijn bij de akte, en de regels omtrent volstorting van aandelen bij uitgifte zijn niet van toepassing.⁴

@2 Het is mogelijk dat het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap niet voldoende ruimte biedt om op grond van lid 5 van dit artikel aandelen toe te kennen. Voor dat geval bepaalt deze volzin dat het maatschappelijk kapitaal van rechtswege wordt verhoogd.

@3 Deze zin verduidelijkt dat de op grond van dit artikellid gewijzigde statuten bij het Handelsregister neergelegd dienen te worden.

3.4 Artikel 2:333g lid 1 Voorontwerp

Wij hebben een enkele technische suggestie bij artikel 2:333g lid 1 Voorontwerp

*"In afwijking van artikel 328 lid 1 tweede volzin is deze verklaring alleen vereist indien de verkrijgende **[@1]** ~~of verdwijnende~~ vennootschap een naamloze vennootschap is met haar statutaire zetel in Nederland. **[@2]** De toekenning van een schadeloosstelling overeenkomstig artikel 333h lid 4 of compensatie overeenkomstig artikel 333h lid 5 tast de geldigheid van de accountantsverklaring niet aan."*

@1 Deze regeling van artikel 2:328 lid 1 tweede volzin betreft een nationale regeling van kapitaalbescherming.⁵ Indien de verkrijgende vennootschap geen Nederlandse N.V. is zien wij geen reden om deze Nederlandse regel van kapitaalbescherming indirect op de verkrijgende buitenlandse vennootschap toe te passen.

Overigens merken wij op dat de verklaring van artikel 2:328 lid 1 BW onder het huidige recht bij een nationale fusie nog wel vereist is als de verkrijgende vennootschap een B.V. is, de wetgever zou kunnen overwegen ook dit vereiste te laten vervallen.

@2 Het (maximaal) aantal toe te kennen aandelen en de (maximaal) te betalen schadeloosstelling zijn doorslaggevend bij de vraag of de accountant de verklaring kan afgeven. Nu beide grootheden nog kunnen wijzigen na publicatie van het voorstel, zal de accountant niet met alle scenario's rekening kunnen houden. We stellen voor te bepalen dat de fusie ook doorgang kan vinden indien

⁴ Zie hierover ook C.R. Nagtegaal, "Volstorting van aandelen bij fusie en splitsing", *Ondernemingsrecht* 2019, 17.

⁵ Zie hierover ook M.A.J. Cremers 'Kapitaalbescherming bij (grensoverschrijdende) fusie en splitsing' in Verdam, A. F., & van Veen, W. J. M. (Eds.) (2019). *JB: Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.B. Huizink*. (ZIFO reeks; Vol. 29). Wolters Kluwer. p. 100.

het aantal aandelen dat de verkrijgende vennootschap moet toekennen, of het bedrag dat de aandeelhouders ontvangen, hoger is dan door de accountant voorzien.

3.5 Artikel 2:333g lid 2 Voorontwerp

In paragraaf 2.3 namen wij al een bepaling op die zag op de ruilverhouding (zie het tekstvoorstel aldaar). De achtergrond van deze bepaling is te verduidelijken dat indien een overeenkomst of de statuten een regeling bevatten als bedoeld in het door ons voorgestelde 2:333h lid 5, ook de accountant met deze regeling rekening moet houden.

4 DE ZESMAANDENTERMIJN VAN ARTIKEL 2:318 LID 1 BW

4.1 Inleiding

Indien aandeelhouders een beroep doen op artikel 2:333h lid 1 Voorontwerp, kan de grensoverschrijdende fusie niet plaatsvinden totdat de deskundigen de schadeloosstelling hebben vastgesteld. Dit kan er toe leiden dat de fusie niet kan plaatsvinden vinden binnen zes maanden na publicatie van het fusievoorstel zoals artikel 2:318 lid 1 BW voorschrijft.

Indien de aandeelhouders een beroep doen op artikel 2:333h lid 5 Voorontwerp, kan de fusie wel plaatsvinden als de procedure nog loopt. Wij verwachten echter dat de fusievoorwaarden in de praktijk vaak zullen bepalen dat de fusie geen doorgang kan vinden zolang een beroep op artikel 2:333h lid 5 Voorontwerp nog openstaat, of een procedure op grond van 2:333h lid 5 Voorontwerp nog loopt. Een geslaagd beroep op dat artikel kan immers ingrijpende gevolgen hebben voor de andere aandeelhouders, hun belang zal dan immers verwateren. Aandeelhouders zullen dat risico mogelijk niet willen nemen.

4.2 Voorstel voor een nieuw lid in het Voorontwerp: 2:333h lid 7

Onze suggestie is om een nieuw artikellid toe te voegen aan artikel 2:333h dat na ons eerder nieuw voorgestelde lid 6, lid 7 wordt. Hierin wordt bepaald dat de zesmaandentermijn van artikel 2:318 lid 1 BW indien nodig wordt verlengd als aandeelhouders een beroep doen op de hiervoor bedoelde regelingen. De gekozen formulering sluit aan bij artikel 2:333i lid 9 Voorontwerp.

"In voorkomend geval wordt de termijn van zes maanden bedoeld in artikel 318 lid 1 verlengd tot drie maanden nadat de overeenkomstig lid 4 en lid 5 benoemde onafhankelijke deskundigen over het verzoek hebben beslist, met dien verstande dat de maximale termijn één jaar bedraagt, onverminderd de toepassing van artikel 333k lid 7, laatste volzin."

Overigens merken wij op dat de zesmaandentermijn niet geldt bij een fusie waarbij de Nederlandse vennootschap de verdwijnende vennootschap is. Voor

de geldigheid van het attest geldt immers geen termijn.⁶ Voor dit verschil lijkt geen verklaring te bestaan. Nu de zesmaandentermijn in de praktijk problematisch kan zijn⁷, zouden wij de wetgever ook in overweging willen geven artikel 318 lid 1 BW buiten toepassing te verklaren bij grensoverschrijdende fusies. Het voorgestelde artikel 2:333h lid 7 BW zou dan als volgt luiden

"Artikel 2:318 lid 1 BW blijft buiten toepassing."

5 GRENDOERSCHRIJDENDE OMZETTING EN SPLITSING

De hiervoor door ons naar voren gebrachte suggesties gelden *mutatis mutandis* ook voor de grensoverschrijdende splitsing. Enkele suggesties gelden daarnaast *mutatis mutandis* voor de grensoverschrijdende omzetting.

6 TOEGANG TOT AUTORITEITEN VOOR NOTARIS BIJ FRAUDE ONDERZOEK

6.1. Inleiding

In het Voorontwerp is opgenomen dat de notaris bij een fusie met een buitenlandse kapitaalvennootschap de in art. 2:333i BW genoemde verklaring niet afgeeft indien hij vaststelt dat de grensoverschrijdende fusie is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden. De notaris dient aldus te onderzoeken of sprake is van een grensoverschrijdende fusie die gericht is op onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden.

6.2. Artikel 2:333i lid 8 Voorontwerp

In art. 2:333i lid 8 van het Voorontwerp is opgenomen dat indien de notaris bij de beoordeling van de afgifte van de verklaring ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende fusie is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden, hij ten behoeve van zijn beoordeling, in voorkomend geval, informatie en documenten, die noodzakelijk zijn voor het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie, kan verkrijgen van de fuserende vennootschap of de bevoegde instantie of instanties van de lidstaat van de verkrijgende vennootschap. De onderliggende richtlijnbeoordeling (art. 127 Richtlijn) lijkt er evenwel vanuit te gaan dat de bevoegde instantie (de notaris) ten behoeve van het onderzoek ook informatie kan inwinnen bij bevoegde instanties (en andere relevante instanties) uit een andere lidstaat dan de lidstaat van bestemming. Onze suggestie is om art. 2:333i lid 8 Voorontwerp te laten

⁶ Zie ook pagina 39 van het voorontwerp van de memorie van toelichting.

⁷ Zie hierover M.G. Dudink, 'Een fatale termijn voor grensoverschrijdende juridische fusie', *Ondernemingsrecht* 2018, 37.

aansluiten bij art. 127 van de Richtlijn. Het voorgestelde art. 2:333i lid 8 Voorontwerp zou dan als volgt luiden:

"Indien de notaris bij de beoordeling van de afgifte van de verklaring ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende fusie is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden neemt hij de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking, waarvan hij in het kader van de beoordeling van de afgifte van de verklaring kennis heeft genomen. De notaris kan ten behoeve van zijn beoordeling, in voorkomend geval:

a) informatie en documenten, die noodzakelijk zijn voor het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie, verkrijgen van de fuserende vennootschap of relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende fusie, met inbegrip van die van de lidstaat van bestemming ~~de bevoegde instantie of instanties van de lidstaat van de verkrijgende vennootschap~~; en

b) een beroep doen op één of meer onafhankelijke deskundigen."

7 ARTIKEL 3A:6 WFT

Het Voorontwerp voorziet ook in de implementatie van de artikelen 86bis, derde lid, onderdeel b, 120 vierde lid, onderdeel b, en 160 bis, vierde lid onderdeel b van de gewijzigde Vennootschapsrichtlijn. Dat lijkt ons juist, maar vanwege een mogelijke inconsistentie in wetgeving zien wij een risico dat de reikwijdte van artikel 3a:6 Wft nog onduidelijker wordt.

Titel X van Richtlijn 2014/59 EU (BRRD) wijzigt een aantal specifieke bepalingen uit Europese richtlijnen met een vennootschapsrechtelijk karakter. Deze aldus gewijzigde richtlijnen schrijven op hun beurt voor dat de nationale wetgever een aantal specifieke vennootschapsrechtelijke bepalingen van nationaal recht buiten toepassing moet verklaren indien de vennootschap, kort gezegd, in resolutie is. De Nederlandse wetgever heeft hier tot op heden beperkt invulling aan gegeven. Naar wij begrijpen was de gedachte van de wetgever dat artikel 3a:6 Wft als zodanig deze gewijzigde richtlijnen implementeerde, en zag de wetgever geen aanleiding verder te specificeren welke vennootschapsrechtelijke bepalingen buiten toepassing blijven in resolutie.

Op dit moment heeft artikel 3a:6 Wft mede daarom een onduidelijke reikwijdte, met als gevolg dat de resolutieautoriteit mogelijk wettelijke voorschriften buiten toepassing laat die in resolutie onverminderd gelden. Dit risico is ook in de BRRD erkent, in de considerans is daarom opgenomen dat "*the derogations should be clearly and narrowly defined*".⁸ De huidige generieke formulering van artikel 3a:6 Wft lijkt daarmee niet in lijn met wat de BRRD voorschrijft.

⁸ Overweging 120 BRRD

In het Voorontwerp wordt een andere benadering gekozen ten aanzien van grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing. Deze nieuwe benadering achten wij in principe de juiste en we willen de wetgever dan ook oproepen deze benadering consistent toe te passen en ook de andere vennootschapsrechtelijke voorschriften die Titel X van de BRRD buiten werking stelt expliciet buiten toepassing te verklaren in 3a:6 Wft.

Wij merken daarbij echter op dat de formulering van artikel 3a:6 lid 1 aanhef en onder (a) als opgenomen in het Voorontwerp de indruk kan geven dat de afdelingen 3a en 6 van titel 7 en de bepalingen van titel 7a Boek 2 BW geheel buiten toepassing blijven. Dat zou de vraag kunnen doen ontstaan of een vennootschap in resolutie, schijnbaar bij gebrek aan een wettelijke basis, nog grensoverschrijdend kan fuseren, splitsen of worden omgezet. Deel 3A van de Wft voorziet immers niet in een eigen wettelijke basis voor deze herstructureringen.⁹ Dit geldt overigens voor veel vennootschapsrechtelijke handelingen die ook in resolutie hun grondslag uitsluitend vinden in Boek 2 BW.

Dat de voorgestelde formulering de hiervoor gesignaleerde verwarring kan wekken zien wij terug in de reactie van Eumedion op het Voorontwerp. Eumedion lijkt te veronderstellen dat de voorgestelde regeling er toe leidt dat een vennootschap in resolutie niet grensoverschrijdend zou kunnen fuseren, splitsen of worden omgezet.¹⁰ Dat kan in onze ogen niet de juiste lezing zijn. Artikel 3a:6 Wft dient de implementatie van deze herstructureringen in resolutie te vergemakkelijken, niet onmogelijk te maken.

Deze onduidelijkheid zou weggenomen kunnen worden door artikel 3a:6 lid 1 onder a Wft als volgt aan te passen:

- a. [Enig instemmingsvereiste, kennisgevingsvereiste of procedureel voorschrift ingevolge](#) bepalingen in de afdelingen 3a en 6 van titel 7 en de bepalingen in titel 7a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek

Deze aanpassing maakt duidelijk dat de resolutieautoriteit dan wel de bijzonder bestuurder op grond van artikel 3a:49 Wft in combinatie met de relevante

⁹ Afdelign 3A Wft geeft geen eigen grondslag voor rechtshandelingen met een vennootschapsrechtelijk karakter, met uitzondering van de intrekking en afschrijving van aandelen die als CET1 instrumenten kwalificeren (3a:21 Wft), onder bepaalde voorwaarden de uitgifte van aandelen die als CET1 instrumenten kwalificeren (3a:22 Wft), de benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen (3a:49a Wft) en de omzetting van de rechtspersoon (3a:50 Wft). Voor andere vennootschapsrechtelijke verrichtingen geldt deze kunnen plaatsvinden op grond van artikel 3a:49 Wft jo. de relevante bepalingen van Boek 2 BW. Zo zal de resolutieautoriteit handelend op grond van 3a:49 Wft in combinatie met Boek 2 BW, de statuten van de vennootschap kunnen wijzigen, aandelen willen uitgeven aan een stichting administratiekantoor voor tijdelijk beheer, mogelijk te zijner tijd de jaarrekening willen vaststellen, een nieuw beloningsbeleid willen vaststellen etc. Dit kan de resolutieautoriteit alleen op basis van de bevoegdheden die Boek 2 BW aan de organen van de vennootschap geeft. Indien 3a:6 Wft zou bepalen dat hele titels van Boek 2 BW buiten toepassing blijven, valt daarmee ook de grondslag voor de bevoegdheid van het nemen van deze besluiten weg.

¹⁰ Reactie EUMEDION, pagina 3/4.

bepalingen van boek 2 BW tot grensoverschrijdende fusie, omzetting en splitsing kan besluiten en dat bij de voorbereiding en implementatie van die herstructurering diverse voorschriften buiten toepassing blijven. Een zelfde tekst kan worden opgenomen ten aanzien van de andere wettelijke bepalingen die ingevolge Titel X van de BRRD buiten toepassing dienen te blijven in resolutie.

8 CONTACTGEGEVENS

Casper Nagtegaal

E: casper.nagtegaal@debrauw.com

T: +31 20 577 1075

Martin van Olffen

E: martin.vanolfen@debrauw.com

T: +31 20 577 1500