

Bij Kabinetsmissive van 18 september 2006, no.06.003278, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEG L310), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot aanpassing van titel 7 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).

De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen over de wijze van implementeren. Hij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.

1. Reikwijdte van de implementatie

Het wetsvoorstel voorziet in regels voor fusies van rechtspersonen die onder de richtlijn vallen. Voor Nederland zijn dat de naamloze vennootschap (NV) en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV). Tevens zullen de voorgestelde regels van toepassing zijn op in Nederland gevestigde Europese Coöperatieve Vennootschappen (SCE's). Ter gelegenheid van de implementatie is er niet voor gekozen grensoverschrijdende fusies van niet onder de richtlijn vallende rechtspersonen te regelen. De memorie van toelichting motiveert dit door erop te wijzen dat een dergelijke regeling op zichzelf weliswaar aantrekkelijk zou zijn, maar dat deze in de praktijk niet eenvoudig tot stand te brengen is, omdat het onderliggende recht van de fuserende rechtspersonen niet geharmoniseerd is. Een keuze voor uitbreiding van de voorgestelde regeling tot andere rechtsvormen schept het risico dat een ingewikkelde regeling wordt opgesteld die in de praktijk niet aan het doel beantwoordt, omdat in andere landen geen spiegelbeeldige voorschriften zijn ingevoerd.¹ De regering merkt voorts op dat voor dit punt in Brussel aandacht is gevraagd.

De Raad volgt de regering in haar standpunt dat de implementatie van deze richtlijn niet het juiste moment is om ook bepalingen op te nemen voor andere grensoverschrijdende fusies, mede in het licht van aanwijzing 337 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.² De Raad acht echter nadere toelichting gewenst omtrent de beleidsvoornemens binnen het kader van de verwezenlijking van de doelstelling Nederlandse rechtspersonen niet op achterstand te doen geraken.³ In het bijzonder is nader inzicht van belang in de juridische en praktische gevolgen voor Nederlandse coöperatieve verenigingen van het feit dat zij niet rechtstreeks kunnen deelnemen aan grensoverschrijdende fusies, terwijl die mogelijkheid wel zal gaan bestaan voor coöperaties met een wettelijke kapitaalstructuur uit andere lidstaten van de Europese

¹ Memorie van toelichting, onder het kopje "Opzet van de richtlijn en verhouding met arrest SEVIC systems", laatste alinea.

² Aanwijzing 337 van de Aanwijzingen voor de regelgeving luidt: "Bij implementatie worden in de implementatieregeling geen andere regels opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn."

³ Memorie van toelichting, inleiding, laatste alinea, waarin wordt gerefereerd aan de nota "Modernisering ondernemingsrecht" (Kamerstukken II 2003/04, 29 752).

Unie en de Europese Economische Ruimte. De Raad adviseert de memorie van toelichting aan te vullen.

2. Reflexwerking

Het wetsvoorstel neemt als uitgangspunt de bestaande regels voor fusies van rechtspersonen in het algemeen (afdelingen 2:7.1 en 2:7.2 BW) en NV's en BV's in het bijzonder (afdeling 2:7.3 BW). Deze regels voor niet-grensoverschrijdende fusies (hierna: binnenlandse fusies) worden aangevuld voor de grensoverschrijdende fusie en waar nodig worden uitzonderingen gecreëerd.

De toenemende internationalisering van het bedrijfsleven is aanmerking genomen, acht de Raad het aannemelijk dat van de implementatie van de voorschriften voor grensoverschrijdende fusies een zekere reflexwerking zal uitgaan naar de binnenlandse fusies. Dat zou de wenselijkheid met zich kunnen brengen dat voor zover de Derde Richtlijn⁴ daartoe de ruimte laat, uit een oogpunt van overzichtelijkheid en doelmatigheid de formaliteiten voor grensoverschrijdende en binnenlandse fusies waar mogelijk gelijk worden getrokken. Als voorbeeld kan dienen de nadere eisen die worden gesteld aan het fusievoorstel bij een grensoverschrijdende fusie, zoals het vermelden van de rechtsvorm, naam en statutaire zetel van de verkrijgende vennootschap.⁵

Voorts wijst de Raad op de verschillende posities van de minderheidsaandeelhouders die niet met het fusievoorstel instemmen. Bij een grensoverschrijdende fusie kunnen deze minderheidsaandeelhouders gebruik maken van het uittreedrecht en zo voorkomen dat zij tegen hun zin aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap worden. Deze mogelijkheid wordt hun bij een binnenlandse fusie echter niet geboden. Dit onderscheid zal voor minderheidsaandeelhouders moeilijk te begrijpen zijn. De verwijzing in de memorie van toelichting naar het enquêterecht als een soort compenserende maatregel acht de Raad niet toereikend. Bij de toepassing van het enquêterecht gaat het immers om verstrekkende bezwaren tegen binnen de rechtspersoon gevoerd beleid. Bij de uitoefening van het uittreedrecht gaat het daarentegen om een puur zakelijke afweging van de aandeelhouder om het aandeelhouderschap van de verkrijgende vennootschap te beëindigen. Deze zakelijke afweging, die impliceert dat bij een internationale fusie door het recht op schadeloosstelling steeds vergoeding in contanten beschikbaar is als alternatief voor aandeelhouders die daaraan de voorkeur geven, blijft de aandeelhouder bij een binnenlandse fusie onthouden. Dit verschil vergt niet alleen een juridisch-technische, maar ook een zakelijk-inhoudelijke redengeving.

De Raad adviseert om in de memorie van toelichting op het vorenstaande in te gaan.

3. Overige opmerkingen

De Raad signaleert de volgende oneffenheden bij de voorgestelde implementatie:

- a. Het voorgestelde tweede lid van artikel 333e bepaalt dat met een gezamenlijke aankondiging in de Staatscourant kan worden volstaan, voor zover het gaat om meer dan één fuserende vennootschap naar Nederlands recht. De gekozen formulering van dit artikel sluit een gezamenlijke aankondiging uit wanneer twee of meer SCE's met een zetel in Nederland deelnemen aan een

⁴ Derde Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen (PbEG L 295).

⁵ Voorgesteld artikel 333d, onder aanhef en onder a.

grensoverschrijdende fusie. De Raad adviseert het wetsvoorstel aan te passen, zodat alle in Nederland gevestigde vennootschappen - BV's, NV's en SCE's - die deelnemen aan een grensoverschrijdende fusie een gezamenlijke aankondiging kunnen doen.

b. Het voorgestelde artikel 333g strekt tot implementatie van artikel 8, vierde lid, van de richtlijn waarin - kort gezegd - is bepaald dat er geen deskundigenonderzoek behoeft te worden verricht naar de voorgestelde ruilverhouding van aandelen, indien alle aandeelhouders van alle fuserende vennootschappen hiermee instemmen. De Raad merkt op dat in het voorgestelde artikel 333g de extra eis is opgenomen dat deze instemming moet blijken in een vergadering van aandeelhouders. Deze eis vloeit niet voort uit artikel 8, vierde lid, van de richtlijn en doet bovendien zonder evidente noodzaak afbreuk aan de artikelen 2:128 en 2:238 BW, waarin is geregeld dat onder bepaalde omstandigheden besluitvorming buiten vergadering is toegestaan. De Raad adviseert het wetsvoorstel aan te passen, zodat het vereiste dat de unanieme instemming van de aandeelhouders moet blijken in een vergadering, komt te vervallen.

c. Artikel 7, tweede alinea, van de richtlijn schrijft voor dat ten minste een maand voor de algemene vergadering waarin wordt besloten tot fusie, de ter inzage legging plaatsvindt van de schriftelijke toelichting op de fusie voor de ondernemingsraad of, bij gebreke daarvan, de werknemers. Deze termijn ontbreekt in het wetsvoorstel. De Raad adviseert artikel 333f aan te vullen.

d. Artikel 8, tweede lid, van de richtlijn bepaalt dat de fuserende vennootschappen gezamenlijk toestemming kunnen verzoeken tot het doen uitbrengen van één deskundigenbericht dat alle fuserende vennootschappen omvat. De transponeringstabel bij de memorie van toelichting verwijst naar het bestaande artikel 2:328 lid 3 BW. De Raad wijst erop dat die bepaling slechts voorschrijft dat, wanneer twee of meer NV's fuseren, slechts dezelfde persoon als deskundige wordt aangewezen, indien de voorzitter van de ondernemingskamer deze aanwijzing op hun eenparig verzoek heeft goedgekeurd. De richtlijn stelt in alle gevallen, onafhankelijk van de betrokkenheid van NV's, de toestemming van een rechterlijke of administratieve instantie verplicht. De Raad adviseert het wetsvoorstel aan te vullen, zodat bij alle grensoverschrijdende fusies de goedkeuring door de voorzitter van de ondernemingskamer verplicht wordt gesteld indien de fuserende rechtspersonen willen volstaan met slechts één deskundige.

e. De Raad merkt op dat de toelichting geen aandacht besteedt aan de fiscale consequenties van een grensoverschrijdende fusie. Voor het welslagen van een dergelijke fusie is het van groot belang dat die fusie ook fiscaal wordt erkend. De Raad adviseert hierop in te gaan in de memorie van toelichting.

4. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De Vice-President van de Raad van State,

Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no.W03.06.0381/I met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In het opschrift "PbEG L310" vervangen door: PbEU L310.
- In de considerans na "richtlijn" invoegen: nr. (Aanwijzing 89 van de Aanwijzingen voor de regelgeving)
- In artikel 308 lid 3 na "kapitaalvennootschap" invoegen: als bedoeld in artikel 2 lid 1, van richtlijn nr.2005/56/EG betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L 310).
- In artikel 333e lid 1 onderdeel a, voor "naam" invoegen: rechtsvorm,.
- In artikel 333g "de algemene vergadering van de fuserende vennootschappen daartoe besluit" vervangen door: de algemene vergaderingen van de fuserende vennootschappen daartoe besluiten.
- In artikel 333i lid 3 de verwijzing naar "deze en volgende afdelingen" vervangen door een verwijzing die concreet aangeeft welke afdelingen worden bedoeld.
- In artikel 333k lid 2, onder a, "bij een van de fuserende" vervangen door: bij ten minste een van de fuserende.
- In artikel 333k lid 2, onder a, "in de regel tenminste" vervangen door: gemiddeld ten minste.
- In de toelichting bij artikel 308 het slot van de derde alinea en de vierde alinea aanpassen, zodat uit de memorie van toelichting blijkt dat de BV op grond van de gewijzigde⁶ tekst van de Eerste Richtlijn⁷ en artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, van de richtlijn onder de werking van de richtlijn valt.

⁶ Wijziging door: richtlijn nr.2003/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 juli 2003 tot wijziging van Richtlijn 68/151/EEG van de Raad met betrekking tot de openbaarmakingsvereisten voor bepaalde soorten ondernemingen (PbEU L221).

⁷ Richtlijn nr.68/151/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PbEG L65).