

# Beschikking op verzoek ex artikel 2:328 lid 3 BW

## Van hamerstuk tot gemotiveerde uitspraak

### Inleiding

Krachtens artikel 2:328 lid 1 BW moet een door het bestuur (van elk van de bij een fusie betrokken naamloze of besloten vennootschap) aangewezen accountant het voorstel tot fusie onderzoeken en dient de accountant te verklaren of de voorgestelde ruilverhouding van de aandelen naar zijn oordeel redelijk is. Hij dient tevens te verklaren dat de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennootschappen bij toepassing van in het maatschappelijke verkeer als aanvaardbaar beschouwde waarderingmethoden ten minste overeenkomt met het nominaal gestorte bedrag op de gezamenlijke aandelen die hun aandeelhouders ingevolge de fusie verkrijgen, vermeerderd met betalingen waarop zij krachtens de ruilverhouding recht hebben. De accountant moet ook een verslag opstellen (art. 2:328 lid 2 BW), waarin hij zijn oordeel geeft over de mededelingen als bedoeld in artikel 2:327 BW, welke mededelingen van het bestuur onder meer zien op de methode(n) volgens welke de ruilverhouding is vastgesteld en de waardering waartoe de gebruikte methode heeft geleid.

Indien twee of meer van de fuserende vennootschappen naamloze vennootschappen zijn, kan van het uitgangspunt (dat elk van de bij een fusie betrokken vennootschappen een deskundige moet aanwijzen) slechts worden afgeweken, indien de voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam de aanwijzing van één deskundige op eenparig verzoek van de betrokken partijen heeft goedgekeurd (art. 2:328 lid 3 BW).

Met een dergelijk verzoek kan in de praktijk, indien succesvol, tijd en met name geld worden bespaard. Slechts één accountant hoeft zich dan immers over de fusie te buigen. Uit de hierna besproken rechtspraak kan worden opgemaakt dat sinds enige tijd aan een dergelijk verzoek ex artikel 2:328 lid 1, wil het succesvol zijn, bepaalde eisen worden gesteld.

### Totstandkoming

Artikel 2:328 is gebaseerd op artikel 315 van het oorspronkelijke wetsontwerp Regeling van de fusie van naamloze en besloten vennootschap, Kamerstukken 16 453, welke regeling op haar beurt gebaseerd is op artikel 10 van de Derde Richtlijn van de Raad van 9 oktober 1978 betreffende fusies van naamloze vennootschappen (78/855/EEG).

In de memorie van toelichting bij artikel 315 wordt opgemerkt dat voor elke fuserende vennootschap een registeraccountant het voorstel tot fusie moet onderzoeken, aangezien het van belang is dat deze moeilijke en verantwoordelijke taak vervuld wordt door een deskundige met groot gezag. Om die reden is de deskundige met de zwaarste opleiding gekozen.

Artikel 10 van de Derde Richtlijn is, zo kan voorts uit de memorie van toelichting worden opgemaakt, een compromis tussen het standpunt dat benoeming van een gezamenlijke deskundige voor alle bij de fusie betrokken vennootschappen de onafhankelijkheid van die deskundige ten opzichte van elk afzonderlijke vennootschap zou kunnen beïnvloeden en het met name door Nederland verdedigde standpunt dat een dergelijke gezamenlijke benoeming juist bevorderlijk is voor een vlot verloop van de fusie en dat de onafhankelijkheid reeds op een andere wijze voldoende is gewaarborgd. Naar de (destijds gegeven) mening van de Commissie Vennootschapsrecht is de kennis en vakmanschap van de aangewezen deskundige een waarborg voor een onafhankelijke verslaggeving.

### 1996/1997/1998

Uit het 'Kort verslag van de werkzaamheden van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam in 1996 en 1997' van T.J. Vlot (De NV 1998, p. 124-125) volgt dat zowel in 1996 als in 1997 twee verzoeken ex artikel 2:328 lid 3 BW zijn ingediend, welke verzoeken beide tot een toewijzende beschikking hebben geleid. De (niet gepubliceerde) beschikkingen worden, naast een enkele verwijzing naar het verzoek-

schrift, niet gemotiveerd. In 1998 heeft de voorzitter van de Ondernemingskamer op de drie ingediende verzoekschriften eveneens, met de enkele verwijzing naar het ingediende verzoekschrift, toewijzend beschikt.

### 1999

In 1999 werd een zestal verzoekschriften ex artikel 2:328 lid 3 BW bij de voorzitter van de Ondernemingskamer ingediend. In vijf gevallen heeft dit ertoe geleid dat de voorzitter van de Ondernemingskamer de aanwijzing van één deskundige heeft goedgekeurd, een en ander overigens zonder de grond van de beslissing toe te lichten. De verzoekschriften hadden betrekking op de voorgenomen fusies tussen (1) De Generale Bank Nederland N.V., Fortis Bank Nederland N.V. en VSB Bank N.V., (2) Vendex N.V. en N.V. Koninklijke Bijenkorf Beheer KBB, (3) Fortis Obam N.V. en VSB Aandelen Fonds N.V., (4) RZG Reisverzekeringen N.V. en Verzekeringen Geové N.V. en (5) Koninklijke Pakhoed N.V., Koninklijke Van Ommeren N.V. en Vopak N.V.

De beschikking (van 10 september 1999) in verband met de geanticiperde fusie tussen Koninklijke Pakhoed N.V., Koninklijke van Ommeren N.V. en Vopak N.V. week in zoverre af van de eerder gewezen beschikkingen, dat registeraccountants van twee kantoren gezamenlijk als enige deskundige in de zin van artikel 2:328 werden aangewezen.

Het verzoek met betrekking tot de voorgenomen fusie tussen ABN AMRO Netherlands Fund N.V. en ABN AMRO Mix Umbrella Fund N.V. werd bij beschikking van 8 november 1999 afgewezen (Vz. OK 8 november 1999, NJ 2000, 396 en JOR 2000, 119). Het geval deed zich voor dat (minderheids)aandeelhouders participeerden in het kapitaal van ABN AMRO Netherlands Fund N.V. (de verdwijnende vennootschap) doordat zij aandelen ter beurse hadden verworven of konden verwerven. De voorzitter van de Ondernemingskamer oordeelde in dat verband dat geen termen aanwezig waren om van het uitgangspunt af te wijken dat, zoals artikel 2:328 lid 1 BW ook veronderstelt, het wenselijk is dat het vereiste onderzoek wordt gedaan, alsmede de vereiste verklaring wordt afgegeven door telkens een accountant van ieder van de fusierende vennootschappen. Hierover zou wellicht anders kunnen worden geoordeeld, aldus de voorzitter van de Ondernemingskamer, indien de voorgestelde enige accountant niet reeds belast zou zijn met het onderzoek van de jaarrekening (als bedoeld in artikel

2:393 BW) van de beide verzoeksters, zoals in casu het geval was.

In deze beschikking (de laatste in 1999) wordt voor het eerst een motivering gegeven door een uitgangspunt te formuleren. Terwijl bij eerdere fusies (minderheids)aandeelhouders ook participeerden in het kapitaal van de (beursgenoteerde) verdwijnende vennootschap en de voorgestelde accountant tevens belast was met de controle van de jaarrekening, is pas met deze beschikking het signaal afgegeven dat bij het verzoek ex artikel 2:328 met het belang van (minderheids)aandeelhouders serieus rekening gehouden dient te worden.

### 2000

In 2000 zijn tien verzoekschriften ex artikel 2:328 lid 3 BW ingediend, waarop door de voorzitter van de Ondernemingskamer negen keer toewijzend en één keer afwijzend is beschikt.

Bij de voorgenomen fusie tussen Astra Informatica N.V. en Avalix Groep N.V. (beide verdwijnende vennootschappen) waarbij een op te richten naamloze vennootschap als verkrijgende vennootschap het gehele vermogen verkrijgt, deed zich (net als bij de hiervoor genoemde ABN AMRO-fusie) het geval voor dat (minderheids)aandeelhouders deelnamen of konden deelnemen in het kapitaal van verzoeksters doordat zij aandelen ter beurse hadden verworven of konden verwerven. Verzoeksters hadden in dit geval echter een accountant voorgesteld die niet verbonden was aan de organisatie van accountants die bij een van de fusierende vennootschappen het onderzoek naar de jaarrekening verricht. De voorzitter achtte om die reden en in het onderhavige geval termen aanwezig om van het algemene uitgangspunt af te wijken en wees het verzoek bij beschikking van 20 april 2000 dan ook toe (Vz. OK 20 april 2000, NJ 2000, 397 en JOR 2000, 120).

Hoe zou de uitkomst zijn geweest als de voorgestelde accountant niet dezelfde was als de accountant die belast was met de controle van de jaarrekening, maar wél verbonden was aan hetzelfde kantoor? Is de noodzakelijke onafhankelijkheid dan nog steeds gewaarborgd? De voorzitter van de Ondernemingskamer had in casu kunnen volstaan met de redenering dat de accountants niet dezelfde waren, maar hij heeft tevens (bewust, zo lijkt het) aangegeven dat de voorgestelde accountant niet aan het kantoor van de controlerende

accountants verbonden was. Hieruit kan mijns inziens worden opgemaakt dat de voorzitter van de Ondernemingskamer afwijzend staat tegenover de aanwijzing van een accountant die weliswaar niet belast is met de controle van de jaarrekening maar wel verbonden is aan de organisatie van de accountant die het onderzoek naar de jaarrekening verricht.

Op het verzoekschrift in verband met de fusie tussen Dai-Ichi Kangyo Bank Europe N.V. en Fuji Bank Nederland N.V. (de verdwijnende vennootschap) heeft de voorzitter bij beschikking van 21 juli 2000 toewijzend beschikt op grond van het feit dat voor beide verzoeksters gold dat het gehele aandelenkapitaal zich in één hand bevond en dat de voorgestelde accountant niet belast was met de controle van de jaarrekening van (één van) verzoeksters.

Op basis van het voorgaande zou kunnen worden geoordeeld dat voor toe- of afwijzing van het verzoek van essentieel belang is dat de voorgestelde accountant niet tevens verantwoordelijk is voor de controle van de jaarrekening van de te fuseren vennootschappen. Dat dit geen doorslaggevend criterium hoeft te zijn, kan worden opgemaakt uit de volgende uitspraken.

De voorzitter oordeelt op het verzoek in verband met de voorgenomen fusie tussen ING Bank Obligatie Fonds N.V. en ING Bank Rentegroei Fonds N.V. (de verdwijnende vennootschap) bij beschikking van 20 september 2000 dat, ondanks het feit dat (minderheids)aandeelhouders in het kapitaal deelnemen door aandelen ter beurse te verwerven, niet aan toewijzing in de weg staat dat de voorgestelde accountant (althans het accountantskantoor) tevens is belast met de controle op de jaarrekeningen van verzoeksters. De voorzitter acht, gelet op de aard van de door verzoeksters gedreven ondernemingen en de (overigens door de voorzitter niet nader beschreven) verdeling van het aandelenkapitaal, in casu termen aanwezig om van het genoemde uitgangspunt af te wijken en keurt de aanwijzing van een deskundige goed.

Ook op het in verband met de fusie tussen Samas Group N.V., Koninklijke Ahrend N.V. (de verdwijnende vennootschappen) en de dan net opgerichte Ahrend-Aspa N.V. ingediende verzoekschrift, overweegt de voorzitter op 30 november 2000 dat aan toewijzing niet in de weg staat dat de voorgestelde accountants dezelfde zijn als de accountants in de zin

van artikel 2:393 BW. De voorzitter neemt hierbij in aanmerking dat het een verzoek betreft om twee, van elkaar onafhankelijke, accountants gezamenlijk als accountant aan te wijzen.

In de beschikking d.d. 26 april 2000 (naar aanleiding van het verzoekschrift in verband met de fusie tussen Visafslag Scheveningen N.V., Visafslag Stellendam N.V. en Visveiling Colijnsplaat B.V. als verdwijnende vennootschappen en een nieuw op te richten (verkrijgende) vennootschap) is overwogen dat de aandelen van verzoeksters niet aan enige effectenbeurs zijn genoteerd en dat alle aandelen op naam luiden. Bovendien werden alle aandelen gehouden door een aantal gemeentes. Het verzoek is om die redenen toegewezen.

De voorzitter van de Ondernemingskamer heeft voorts op 27 juli 2000 op de verzoekschriften met betrekking tot de voorgenomen fusies tussen enerzijds Ohra Obligatie Dividendfonds N.V. en Ohra Obligatie Groeifonds N.V. en anderzijds Ohra Spaardividendfonds N.V. en Ohra Liquiditeiten Groeifonds N.V. (de aandelen van deze vennootschappen zijn alle beursgenoteerd) beschikt door te oordelen dat er redenen zijn om van het uitgangspunt af te wijken, nu de in het kader van de voorgenomen fusies voorgestelde ruilverhouding gebaseerd is op de nettovermogenswaarde, vast te stellen aan de hand van de beurskoers van de aandelen in het kapitaal van beide verzoeksters op de dag van de fusie. Niet valt in te zien, aldus de beschikking, dat enige (minderheids)aandeelhouder in zijn belangen zou kunnen worden geschaad indien de door verzoeksters voorgedragen accountant voor beide fuserende vennootschappen een onderzoek instelt naar de redelijkheid van die – immers objectief bepaalde – ruilverhouding.

Ik merk op dat er omstandigheden zouden kunnen zijn die een (extra) waarborg van de belangen van (minderheids)aandeelhouders kunnen rechtvaardigen, bijvoorbeeld als getwijfeld moet worden of de ruilverhouding (hoewel objectief waardeerbaar) wel redelijk is. De accountant dient zich immers (ingevolge art. 2:328 lid 2 jo. 2:327 sub b) ook uit te laten over de vraag of de methode (volgens welke de ruilverhouding is vastgesteld) in het gegeven geval wel gepast is. Voorts lijkt de beschikking opgehangen te zijn aan de bescherming die (minderheids)aandeelhouders behoeven in verband met de verklaring of de voorgestelde ruilverhouding redelijk is (art. 2:328 lid 1 eerste

volzin), terwijl de accountant zich tevens dient uit te spreken over de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennootschappen (art. 2:328 lid 1 tweede volzin), hetgeen kapitaalbescherming beoogt (Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon 2-III*, Deventer 2000, nr. 580).

Op 27 juli 2000 is op het verzoekschrift in verband met de fusie tussen de effectenbeurs van Amsterdam en die van Brussel en Parijs toewijzend beschikt. Aan toewijzing van het verzoek stond in het onderhavige geval niet in de weg de omstandigheid dat de door verzoekster voorgestelde accountant dezelfde was als de accountant die belast is met de controle van haar jaarrekening. De voorzitter van de Ondernemingskamer liet meewegen dat alle aandelen in het kapitaal van verzoekster gehouden worden door toegelaten instellingen, institutionele beleggers en uitgevende instellingen die alle direct bij de handel ter beurse betrokken zijn. Bovendien zijn de aandelen in het kapitaal statutair niet vrij overdraagbaar tot 1 januari 2002.

Indien deze beschikking in het licht wordt gezien van het uitgangspunt zoals verwoord in de beschikking van 8 november 1999 (ABN AMRO Netherlands Fund N.V. en ABN AMRO Mix Umbrella Fund N.V.), zou wellicht een nadere motivering meer duidelijkheid hebben kunnen verschaffen. De feiten doen namelijk op het eerste gezicht vermoeden dat er geen reden is om van het geformuleerde uitgangspunt af te wijken (en dat er dus geen redenen zijn om de aanwijzing van één gezamenlijke deskundige toe te staan). Ook bij Amsterdam Exchanges N.V. deed zich immers het geval voor dat aandeelhouders participeerden in het kapitaal van de verdwijnende vennootschap doordat zij aandelen ter beurse hadden verworven en was de voorgestelde accountant dezelfde als de accountant die belast was met de controle van de jaarrekening. De voorzitter van de Ondernemingskamer lijkt echter in het onderhavige geval aan te geven dat de belangen van de aandeelhouders voldoende worden gewaarborgd bij de aanwijzing van een accountant, voorzover de aandeelhouders professionele beleggers of andere 'direct bij de handel ter beurse betrokken' partijen zijn.

Bij het verzoek in verband met de voorgenomen (driehoeks)fusie tussen ASR Verzekeringsgroep N.V. (de (beursgenoteerde) verdwijnende vennootschap), Fortis (NL) N.V. (de (beursgenoteerde) verkrijgende vennootschap) en AMEV Nederland N.V. deed zich, naast

het feit dat één gezamenlijke accountant werd voorgesteld die niet belast was met de controle van de jaarrekening van een der vennootschappen, de omstandigheid voor dat Fortis (NL) N.V. een openbaar bod had uitgebracht op alle uitstaande aandelen in ASR Verzekeringsgroep N.V. Mede in aanmerking genomen dat het bod op grote schaal is aanvaard, werd er in de beschikking van 20 december 2000 van uitgegaan dat de in aanmerking te nemen belangen voldoende werden gewaarborgd, ook bij de aanwijzing van één gezamenlijke accountant.

De voorzitter van de Ondernemingskamer laat zowel in de beschikking van 8 november 1999 (ABN AMRO Netherlands Fund N.V. en ABN AMRO Mix Umbrella Fund N.V.) als in de beschikking van 20 april 2000 (Astra Informatica N.V. en Avalix Groep N.V.) de deur openstaan om naast de voorwaarde dat de gezamenlijk aangewezen accountant niet belast is met de controle van de jaarrekening aanvullende eisen te stellen aan de aanwijzing van één accountant. Mij is niet geheel duidelijk of het in de zojuist beschreven Fortis-zaak genoemde argument (dat het openbaar bod op grote schaal was aanvaard) slechts als een overweging ten overvloede moet worden aangemerkt of juist als een aanvullende eis en daarmee als een verzwaring van de in de gepubliceerde beschikking van 20 april 2000 (Astra Informatica N.V. en Avalix Groep N.V.) geformuleerde grondslag. Als dit laatste het geval zou zijn, dan is het (onder omstandigheden) voor een succesvol verzoek niet (meer) voldoende dat een accountant wordt voorgesteld die niet tevens belast is met de controle van de jaarrekening, maar moet uit bijkomende omstandigheden blijken dat de belangen van (minderheids)aandeelhouders voldoende worden gewaarborgd. Vergelijking van de twee uitspraken geeft overigens geen inzicht in de vraag waarom in de Fortis-zaak een nadere voorwaarde zou moeten worden gesteld.

Het verzoek in verband met de voorgenomen fusie tussen een viertal ABN AMRO property funds (naamloze (en verdwijnende) vennootschappen waarvan de aandelen beursgenoteerd zijn) en ABN AMRO Mix Umbrella Fund N.V. is bij beschikking van 12 april 2000 – overigens op identieke gronden als de eerdergenoemde ABN AMRO-beschikking – afgewezen.

#### 2001

Het enige (mij bekende) verzoek in 2001 betreft het verzoek in verband met de fusie van Alstom N.V. (de

verdwijnende vennootschap) en Alstom Power N.V. (de verkrijgende vennootschap), welke vennootschappen tot hetzelfde concern behoorden. Het kapitaal in zowel de verkrijgende als in de verdwijnende vennootschap is voorts geheel in handen van tot hetzelfde concern behorende vennootschappen. Het verzoek is bij beschikking van 21 februari 2001 toegewezen op grond van de genoemde omstandigheden en in aanmerking is genomen dat de voorgestelde accountant niet de accountant is die belast is met de controle van de jaarrekening van de (of van één der) fuserende vennootschappen.

#### **Enige opmerkingen**

Uit de beschikkingen van 8 november 1999 (fusie tussen ABN AMRO Netherlands Fund N.V. en ABN AMRO Mix Umbrella Fund N.V.) en 20 april 2000 (fusie tussen Astra Informatica N.V. en Avalix Groep N.V.) kan worden opgemaakt dat de in aanmerking te nemen belangen (van minderheidsaandeelhouders) in beginsel onvoldoende worden geacht te zijn gewaarborgd indien de voorgestelde accountant tevens belast is met het onderzoek naar de jaarrekening van de te fuseren vennootschappen, alle kennis en vakmanschap van die registeraccountant dan overigens ten spijt.

De omstandigheden van het geval kunnen de aanwijzing van een deskundige die ook verantwoordelijk is voor de controle van de jaarrekening echter rechtvaardigen, zo leert de casuïstiek van de rechtspraak. Uit de beschreven beschikkingen kunnen de volgende – voor een dergelijke conclusie relevante – omstandigheden of vragen worden gedestilleerd:

- Speelt de fusie zich binnen of buiten een concern af?
- Wie zijn de aandeelhouders (gemeentes, institutionele beleggers, het publiek, enz.)?
- In hoeverre zijn de aandelen (beperkt) overdraagbaar?
- Wat is de aard van de ondernemingen?
- Zijn de vennootschappen beursgenoteerd?
- Worden er twee van elkaar onafhankelijke accountants gezamenlijk voorgesteld?

Uit de beschikkingen kan voorts worden opgemaakt dat de voorzitter van de Ondernemingskamer steeds vaker aanvullende (niet uit het verzoekschrift en eventuele bijlagen blijkende) informatie over de betrokken vennootschappen en aandeelhouders voor de beoordeling van het verzoekschrift (en beantwoording van

de genoemde vragen) noodzakelijk acht. Om die reden is het dan ook wenselijk, ook om eventuele vertraging van de behandeling van het verzoek te voorkomen, dat informatie over de aandeelhouders, betrokken vennootschappen en accountants direct wordt opgenomen in het verzoekschrift en dat documenten zoals uittreksels uit het handelsregister en laatst vastgestelde jaarrekeningen van de betrokken vennootschappen onderdeel uitmaken van het verzoekschrift.

*Mr. M.Ch. Haks  
Stibbe*

---