

---

## Fusie en tegenstrijdig belang, een tegenstrijdigheid?

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid: A BV (hierna: A) is enig aandeelhouder en enig bestuurder van de vennootschap met gelijke rechtsvorm: B BV (hierna: B). A en B maken deel uit van een groep met meer vennootschappen. Op enig moment neemt A in overweging om de werkzaamheden die in A en B worden verricht in één entiteit voort te zetten om de efficiency te bevorderen en de kosten te verlagen. Het blijft niet bij overwegen: A stelt, mede namens B, een voorstel tot juridische fusie op en schrijft een toelichting daarop. Ten gevolge van de fusie zal A, als verkrijgende vennootschap, het gehele vermogen van B, als verdwijnende vennootschap, onder algemene titel verkrijgen. Het voorstel wordt door de bestuurder van A, zowel voor zichzelf als voor B getekend. De toelichting wordt, gelet op het karakter

van de voorgestelde fusie (moeder-dochter), alleen namens A ondertekend.

In deze bijdrage zal worden stilgestaan bij de vraag of bij de uitvoering van een juridische fusie als hiervoor omschreven, rekening moet worden gehouden met tegenstrijdig belang, zoals bedoeld in artikel 2:256 Burgerlijk Wetboek (BW). Dit artikel luidt:

‘Tenzij bij de statuten anders is bepaald, wordt de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen.’

In deze bijdrage zal de hiervoor beschreven casus als uitgangspunt worden genomen. De vraagstelling beperkt zich echter niet tot die casus; ook andere vormen van juridische fusie, alsmede splitsing van vennootschappen zouden als voorbeeld kunnen dienen.

### Tegenstrijdig belang

De achtergrond van de regeling neergelegd in artikel 2:256 BW is door J.M.M. Maeijer (De dubbelrol in het vennootschapsrecht, Deventer 1993, p. 12) verwoord als volgt: ‘vermijden van het risico dat de bestuurder bij zijn handelen dat gericht moet zijn op het belang van de vennootschap en onderneming, niettemin bij een belangenafweging mogelijkerwijs te zeer zijn persoonlijke belangen laat overwegen’. Het gaat er dus niet om of het tegenstrijdige belang zich daadwerkelijk voordoet of dat de betreffende bestuurder de intentie heeft zijn persoonlijke belang te laten overwegen. Onder ‘een persoonlijk belang’ wordt ook verstaan een ‘rechtspersoonlijk-belang’.

Met het vorenstaande is echter nog niet de vraag beantwoord of sprake is van een tegenstrijdig belang. A gaat weliswaar fuseren met B; artikel 2:256 BW handelt echter uitsluitend over vertegenwoordigingshandelingen. Is daar sprake van?

### Fusieproces

Het fusieproces kan globaal in een tweetal fasen worden onderscheiden:

1. voorstel/toelichting en besluit tot fusie;
2. fusie-akte.

Om te bezien of in (een van) deze fasen sprake is van tegenstrijdig belang tussen A en B, dient allereerst het karakter van de betreffende (rechts)handeling te worden beoordeeld.

### Voorstel/toelichting en besluit tot fusie

Het proces van opstellen van een fusievoorstel, het opmaken van een toelichting en de daarbij te verrichten handelingen (bijvoorbeeld neerlegging in het handelsregister; ik zal in deze bijdrage niet ingaan op alle noodzakelijke handelingen) worden ook wel aangeduid als de voorbereidende fase. Dit impliceert al dat het in die gevallen normaliter niet zal gaan om handelingen die de vennootschap binden aan een derde. Hetzelfde geldt mijns inziens voor de daaropvolgende fase: de besluitvormende fase (het besluit tot fusie).

Onder omstandigheden kunnen besluiten echter ook een tot een wederpartij gerichte rechtshandeling zijn en daarmee externe werking hebben. De literatuur noemt daarbij veelal als voorbeelden besluiten tot het benoemen, schorsen en ontslaan van bestuurders en commissarissen. Ter illustratie: indien de algemene vergadering van aandeelhouders besluit tot benoeming van een bepaalde bestuurder en deze die benoeming aanvaardt, is daarmee een rechtsbetrekking tussen de vennootschap en de bestuurder totstandgekomen. Bij bijvoorbeeld besluiten tot statutenwijziging zal geen sprake zijn van binding aan een derde, hoewel helder is dat deze besluiten een zeker extern effect hebben.

Naar mijn mening zal de besluitvorming in de hiervoor aangeduide voorbereidende fase niet als vertegenwoordigingshandeling kunnen worden aangemerkt: er ontstaat (nog) geen (directe) binding tussen de vennootschappen of tussen de vennootschappen en derden.

Het vorenstaande neemt echter niet weg, dat een (ruimer begrip) tegenstrijdig belang kan spelen. Het is van belang dat ook in het besluitvormingsproces de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden worden gehouden. In (onder andere) Hoge Raad 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (OGEM) wordt dit bevestigd. Tevens wordt aangegeven, dat bij een transactie waarbij zich een verstrengeling van belangen voordoet, een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering is vereist. Onder omstandigheden kan sprake zijn van wanbeleid.

### Fusie-akte

Ter uitvoering van het genomen besluit tot fusie dient nog een stap te worden genomen om de fusie werkelijkheid te maken: het verlijden van de fusie-akte. De fusie-akte is een akte waarbij in de hiervoor geschetste situatie A én B worden vertegenwoordigd. De juridische fusie wordt in de wet omschreven als: 'de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van deze het vermogen van de andere onder alge-

mene titel verkrijgt (...)'. Daarmee is ook duidelijk dat de fuserende vennootschappen beide in de fusie-akte vertegenwoordigd moeten worden. Er vindt immers een overgang van vermogen plaats.

Het juridische fusieproces kent tal van waarborgen. Denk bijvoorbeeld aan de neerlegging bij het handelsregister (gedurende een maand) van het voorstel tot fusie, de (in verschillende omstandigheden vereiste) accountantsverklaringen, de publicatie in een landelijk verspreid dagblad, enzovoort. Al deze maatregelen hebben ten doel dat belangen van aandeelhouders en derden (crediteuren) niet worden geschaad.

Houders van bijzondere rechten (zoals pandhouders) en zij die een winstrecht hebben, worden door middel van specifieke regels in de fusiebepalingen beschermd. Ook werknemers (bijvoorbeeld ingevolge de Wet op de ondernemingsraden) kennen een zekere bescherming.

Waarschijnlijk zal een en ander ook leiden tot een belangenafweging binnen de fuserende vennootschappen. Volgens de letter van de wet en de strekking van de bepaling zoals hiervoor omschreven, dient echter bij de fusie (althans: de akte) het tegenstrijdig-belang-begrip als vermeld in artikel 2:256 BW te worden toegepast. Indien die regeling moet worden toegepast, is niet alleen van belang of er sprake is van een tegenstrijdig belang, maar of de kans bestaat dat de vennootschap (in casu A) een persoonlijk belang zal laten prevaleren.

### Hoe verder?

Gevolg van de toepassing van artikel 2:256 BW zou zijn dat de commissarissen (indien aanwezig) de vennootschappen dienen te vertegenwoordigen bij de fusie-akte, dan wel de algemene vergadering van aandeelhouders een persoon aanwijzen ter vertegenwoordiging van de betreffende vennootschap. Ik laat daarbij eventuele bijzondere regelingen in statuten buiten beschouwing.

Naar mijn mening schiet toepassing van de tegenstrijdig-belang-regeling zoals neergelegd in artikel 2:256 BW echter het doel van die bepaling voorbij. De aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap dienen immers het besluit tot fusie te nemen. Zelfs in de situatie waar het bestuur het besluit tot fusie kan nemen, kunnen ingevolge artikel 2:331 BW, aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap die (tezamen) ten minste een/twintigste van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, vragen om een algemene vergadering van aandeelhouders om over de fusie te besluiten. De aandeelhouders hebben dus kennis kun-

nen nemen van (de gevolgen van) de fusie. Ook de commissarissen zijn betrokken bij de besluitvorming. De commissarissen dienen immers het voorstel tot fusie mee te ondertekenen. Voor wat betreft de verdwijnende vennootschap geldt ook dat de aandeelhouders en commissarissen betrokken dienen te zijn bij de besluitvorming ter zake van de fusie. Daarbij komt nog dat de akte van fusie geen wijzigingen ten opzichte van het fusievoorstel mag bevatten. Van een 'prevaleren van een persoonlijk belang' zal dan ook geen sprake kunnen zijn, zodat naar de strekking van artikel 2:256 BW dit artikel toepassing mist op de vertegenwoordiging van de fuserende vennootschappen in de fusie-akte.

*Mr. M.F. Marcusse*  
*De Brauw Blackstone Westbroek N.V.*  
*Linklaters & Alliance*

---