

---

## Enkele haken en ogen bij een juridische fusie van stichtingen

### Inleiding

Essentieel voor de rechtsgeldigheid van een juridische fusie (art. 2:309 BW) zijn een voorstel tot fusie met toelichting van de besturen van de fuserende stichtingen, een besluit tot fusie genomen door degenen die binnen de stichtingen daartoe bevoegd zijn, alsmede een notariële akte van juridische fusie. Strikt genomen behelst deze akte niet meer dan de verklaring van partijen dat de juridische fusie tot stand wordt gebracht. De notaris dient ingevolge artikel 2:318 lid 2 BW een verklaring aan de voet van de akte van juridische fusie te plaatsen.

De reikwijdte van de voetverklaring in het algemeen en met betrekking tot artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) in het bijzonder komt in deze bijdrage aan de orde.

### De voetverklaring van de notaris: artikel 2:318 lid 2 BW

#### *Wetgeving en parlementaire geschiedenis*

Ingevolge artikel 2:318 lid 2 BW is de notaris bij het passeren van een akte van juridische fusie belast met een zeker toezicht op de naleving van de vereisten met betrekking tot een juridische fusie. De notaris moet aan de voet van de akte verklaren dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die titel 7 afdeling 2 BW, alsmede de statuten voor het totstandkomen van de juridische fusie vereisen, en dat ook voor het overige de daarvoor in titel 7 afdeling 2 van het BW en in de statuten gegeven voorschriften zijn nageleefd. Indien het voorschrift van artikel 2:318 lid 2 BW niet is nageleefd, kan de rechter ingevolge artikel 2:323 lid 1 sub b BW op verzoek van een bestuurder of andere belanghebbende de juridische fusie vernietigen.

De toenmalige Minister van Justitie, De Ruiter, gaf in de memorie van antwoord behorende bij wetsvoorstel 16 453 (nr. 43, p. 3-4) de volgende uiteenzetting omtrent de reikwijdte van de voetverklaring van de notaris. Volgens de minister was de verklaring beperkt tot de naleving van de in titel 6 (thans titel 7) BW en in de statuten voor het totstandkomen van de juridische fusie gestelde vereisten. Tevens moet de notaris nagaan of de andere in voornoemde titel voorgeschreven handelingen zijn verricht. In de nota naar aanleiding van het eindverslag wijst de minister er echter op dat de vormvoorschriften van artikel 2:318 lid 2 BW ook voorschriften buiten titel 7 Boek 2 BW omvatten. Onduidelijk bleef of de minister alleen doelde op voorschriften in het BW of ook op voorschriften in andere wetten.

#### *Literatuur*

Vanuit de literatuur komt er geen eenduidig beeld van de reikwijdte van de voetverklaring naar voren. Gerver (P.H.M. Gerver, S&V 2000, nr. 1, p. 1-7) is van mening dat de onderzoeksplicht van de notaris beperkt is tot de desbetreffende afdeling van titel 7 Boek 2 BW en de statuten van de fuserende stichtingen. Van Solinge (A.G. van Solinge, De NV 1984, nr. 4, p. 139-143) is van mening dat de notaris wettelijke voorschriften buiten titel 7 afdeling 2 en 3 van het BW (voorheen titel 6) niet hoeft na te gaan. Niet duidelijk is of de auteur doelt op wettelijke voorschriften buiten voornoemde titel, zowel

in als buiten het BW of alleen op voorschriften buiten het BW. P.J. Dortmond (WPNR 5622 (1982), p. 572-574) brengt op een geheel andere wijze een beperking aan op de onderzoeksplicht van de notaris. De auteur stelde in 1982 voor de tekst van artikel 2:318 lid 2 BW zodanig te wijzigen, dat de notaris verklaart 'dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die deze titel en de statuten voor het tot stand komen van de fusie vereisen en dat voor het overige [niet zijnde besluiten, HV] de daarvoor in deze titel en de statuten gegeven voorschriften zijn nageleefd'. Conform dit voorstel is voornoemd artikel bij Wet van 21 april 1987 gewijzigd.

#### *Besluiten en overige handelingen*

Teneinde de redenering van Dortmond toe te passen dient men nauwkeurig voor ogen te hebben wanneer men te maken heeft met een besluit en wanneer niet.

In de literatuur wordt geen eenduidige omschrijving gegeven van het begrip 'besluit'. Maeijer (*Asser-Maeijer 2-II*, 1997, nr. 125) en Van der Grinten (E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, 1992, bewerkt door W.C.L. van der Grinten) omschrijven een besluit als een rechtshandeling van eigen aard, die aan eigen rechtsregels is onderworpen. Zij merken besluiten aan als 'interne rechtshandelingen', die rechtsgevolgen hebben voor de rechtspersoon. Het besluit bepaalt de rechtsverhoudingen binnen de organisatie van de rechtspersoon en is op zichzelf niet tot een wederpartij gericht.

Het is mogelijk dat een besluit mede een externe rechtshandeling van de rechtspersoon jegens een derde is. Voorts kunnen rechtshandelingen die een externe rechtshandeling voorbereiden (bijvoorbeeld art. 2:44 lid 2 BW), ook worden aangemerkt als een 'besluit', indien deze voorbereidende rechtshandelingen gevolgen hebben voor de rechtsbetrekkingen binnen de rechtspersoon (C.H.C. Overes & W.J.M. van Veen, *S&V 2000*, nr. 6, p. 131-141).

#### *Conclusie ten aanzien van de reikwijdte van de voetverklaring*

Het onderscheid dat Dortmond maakt, spreekt mij aan. Besluiten, rechtshandelingen van de rechtspersoon van eigen aard, die aan eigen rechtsregels zijn onderworpen (*Asser-Maeijer 2-II*, 1997, nr. 125), hebben, anders dan overige handelingen, vergaande gevolgen voor de interne rechtsverhouding binnen een rechtspersoon. Verder pleit voor het onderscheid dat Dortmond maakt, het gegeven dat de voorschriften van Boek 2 BW zien op besluiten.

De reikwijdte van de onderzoeksplicht van de notaris in verband met de voetverklaring is naar mijn mening de volgende:

- De notaris gaat naast statutaire voorschriften, de naleving na van wettelijke voorschriften, zowel van titel 7

afdeling 2 BW als daarbuiten en zowel in het BW als daarbuiten. Bepalend is dat de wettelijke voorschriften zien op een besluit dat voor de totstandkoming van de juridische fusie vereist is ingevolge titel 7 afdeling 2 BW en de statuten.

- Ten aanzien van de overige handelingen (het overige) in het kader van de juridische fusie, niet zijnde besluiten die voor de totstandkoming van de fusie vereist zijn ingevolge titel 7 afdeling 2 BW, alsmede de statuten, moet de notaris nagaan of de geldende voorschriften zijn nageleefd, alleen voorzover deze zijn opgenomen in titel 7 afdeling 2 BW en in de statuten.
- De notaris hoeft niet te controleren of de rechtshandelingen in het kader van de juridische fusie inhoudelijke gebreken vertonen, zoals bijvoorbeeld wilsgebreken, strijd met de wet, goede zeden of openbare orde (art. 3:40 BW). Inhoudelijke toetsing moet worden voorbehouden aan de rechter (P.J. Dortmond, a.w.).

De notaris hoeft bij de afgifte van de voetverklaring derhalve niet na te gaan of voor het voorgenomen besluit tot fusie met inachtneming van artikel 25 WOR advies is gevraagd aan de ondernemingsraad. Het adviesrecht van de ondernemingsraad ziet op *het voornemen* van de ondernemer om een voorstel tot fusie te doen. Dit voornemen is niet een besluit vereist voor het totstandkomen van een juridische fusie.

In deze bijdrage ga ik niet in op de vraag of artikel 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels voor notarissen de notaris toestaat de akte van juridische fusie te passeren indien hij weet of zou moeten weten dat artikel 25 WOR niet is nageleefd.

#### **Niet-naleving artikel 25 WOR: artikel 2:323 lid 1 sub c BW van toepassing?**

Ingevolge artikel 2:323 lid 1 sub c BW kan een juridische fusie tevens door de rechter worden vernietigd wegens nietigheid, het niet van kracht zijn of een grond tot vernietiging van een voor de juridische fusie vereist besluit van het bestuur van een stichting. De artikelen 2:14 en 2:15 BW beschrijven de gronden voor nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten. De vraag is of de rechtsgeldigheid van een besluit van het bestuur van de stichting, dat in weerwil van de wet zonder het inwinnen van advies van de ondernemingsraad is genomen, aangetast zou kunnen worden op grond van artikel 2:14 of 2:15 BW. Bij een bevestigend antwoord staat de juridische fusie gedurende zes maanden bloot aan een verzoek tot vernietiging op grond van artikel 2:323 lid 1 sub c BW.

---

Artikel 2:14 lid 1 BW bepaalt dat een besluit van een orgaan van een rechtspersoon, dat in strijd is met de wet of de statuten, nietig is, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Onder 'wet' moet worden verstaan ieder algemeen verbindend voorschrift vastgesteld door de wetgever in formele zin (C.H.C. Overes & W.J.M. van Veen, a.w., p. 138). De WOR is een wet in formele zin. Uit de wet vloeit echter voort dat een besluit niet nietig is indien de wet een bijzondere rechtsgang geeft voor de aantasting van een besluit. De WOR kent een eigen rechtsgang. Artikel 2:14 BW is derhalve niet van toepassing.

De zinsnede in artikel 2:14 lid 1 BW 'tenzij uit de wet anders voortvloeit' ziet onder meer op artikel 2:15 lid 1 sub a BW. Een besluit van een orgaan van een rechtspersoon is vernietigbaar wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het totstandkomen van besluiten regelen. Aangenomen wordt dat onder de bepalingen die de totstandkoming van besluiten regelen in de zin van artikel 2:15 lid 1 sub a BW, niet de bepalingen van de WOR vallen (C.H.C. Overes & W.J.M. van Veen, a.w., p. 139). De WOR kent namelijk een eigen rechtsgang. Zelfs indien de WOR voor schending van rechten en bevoegdheden van de ondernemingsraad geen eigen rechtsgang zou kennen, kan een besluit niet op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW worden vernietigd, oordeelde het Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 20 mei 1999, NJ 2000, 607). De WOR is geschreven voor medezeggenschap van de ondernemingsraad. Een beroep op schending van dat belang komt dan ook in beginsel slechts toe aan de ondernemingsraad. In dit systeem past niet de mogelijkheid dat anderen dan de ondernemingsraad op voet van artikel 2:15 lid 1 sub a BW (en ook art. 2:14 BW) besluiten aantasten met een beroep op een zodanige schending.

*J.H.A. Verweij\**

*De Brauw Blackstone Westbroek N.V.*

\* *Met dank aan mr. P. Klemann, mr. drs. C.J. Groffen en mr. B. Snijder-Kuipers.*