

Deponering bij juridische fusie van stichtingen

Inleiding

De wet schrijft in artikel 2:314 BW aan rechtspersonen die ingevolge artikel 2:312 BW en 2:313 BW een voorstel tot juridische fusie hebben opgesteld, voorschriften voor ten aanzien van het deponeren en publiceren van het voorstel tot juridische fusie. Voorts vereist de wet dat ook andere stukken, zoals financiële verslaglegging en schriftelijke adviezen van ondernemings- of medezeggenschapsraden, ter inzage worden gelegd.

Deze bijdrage behandelt de deponerings- en publicatieverplichtingen bij een juridische fusie van stichtingen. Voorts wordt de vraag behandeld wat de gevolgen zijn voor de rechtsgeldigheid van een juridische fusie van stichtingen van het niet naleven van artikel 2:314 BW. Ten slotte komen bepalingen uit de Wet op de ondernemingsraden (WOR) aan de orde.

Boekhoud- en publicatievoorschriften voor stichtingen

Het bestuur van een stichting is ingevolge artikel 2:10 BW verplicht van de vermogenstoestand van de stichting en van alles betreffende de werkzaamheden van de stichting, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de stichting kunnen worden gekend. Artikel 2:10 BW stelt zodoende een minimumvereiste voor een behoorlijke boekhouding van een stichting.

Uit de Parlementaire Geschiedenis Invoeringswet Boek 2 BW (Van Zeben, PG IW Boek 2 BW, p. 1107) blijkt dat artikel 2:10 BW als uitgangspunt geen strekking heeft om 'buitenstaanders' van dienst te zijn. De bepaling heeft in de eerste plaats interne betekenis en strekt ten behoeve van degenen die krachtens wet en statuten bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken zijn. Dit valt ook op te maken uit het feit dat er op grond van het eerste lid van artikel 2:10 BW geen verplichting tot publicatie van de bescheiden bestaat. Toch is de financiële administratie die het bestuur van een stichting ingevolge artikel 2:10 BW moet opmaken, bijhouden en bewaren, tevens van betekenis voor de belangen van een bredere kring van bij de rechtspersoon betrokkenen. Bij schending van de verplichtingen van artikel 2:10 BW kan namelijk iedere belanghebbende bij de rechter een verzoek tot ontslag van de verantwoordelijke bestuurder indienen (art. 2:298 BW).

Doorgaans behoeven stichtingen hun jaarstukken niet te publiceren. De wet geeft aan in welke gevallen er wel een publicatieplicht bestaat. Ingevolge artikel 2:360 lid 3 BW zijn de bepalingen omtrent de jaarrekening en het jaarverslag van toepassing op stichtingen die één of meer ondernemingen in stand houden die ingevolge de wet in het handelsregister moeten worden ingeschreven. De netto-omzet van de door de stichting in stand gehouden onderneming(en) moet op twee opeenvolgende balansdata minimaal € 3,5 miljoen bedragen (art. 2:360 lid 3 jo. 2:396 lid 1 sub b BW). Indien titel 9 van Boek 2 BW eenmaal van toepassing is geworden en de netto-omzet van de onderneming over een bepaald jaar minder dan € 3,5 miljoen bedraagt, eindigt de toepassing van de bepalingen van titel 9 van Boek 2 BW pas indien de netto-omzet in het daaropvolgende jaar ook beneden € 3,5 miljoen ligt. Op grond van de tweede volzin van artikel 2:360 lid 3 BW blijft het vorenstaande buiten toepassing indien de stichting bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 Boek 2 BW, en die documentatie openbaar wordt gemaakt.

Artikel 2:314 lid 1 BW: deponeringsplicht bij juridische fusie

Ingevolge artikel 2:314 lid 1 BW zijn rechtspersonen in geval van een juridische fusie verplicht tot het neerleggen van verschillende documenten ten kantore van het handelsregister. Tot deze documenten behoren de laatste drie vastgestelde jaarrekeningen of andere financiële verantwoordingen van de te fuseren rechtspersonen, met de accountantsverklaring daarbij, voorzover deze stukken ter inzage liggen of moeten liggen (art. 2:314 lid 1 sub b BW). Maeijer (Asser-Maeijer 2-II, 1997, nr. 170h) merkt op dat het fusievoorstel moet worden neergelegd ten kantore van het handelsregister, vergezeld van de financiële gegevens van de rechtspersoon, indien en voorzover zij vrijwillig of krachtens de wet ter inzage zijn neergelegd of moeten worden neergelegd, ook al is dit nog niet gebeurd. Met name de laatste zinsnede geeft te denken. Het impliceert dat ingevolge artikel 2:314 lid 1 sub b BW financiële stukken ter inzage moeten worden gelegd, ook al zijn deze stukken (eventueel in weerwil van de wettelijke verplichting) (nog) niet openbaar gemaakt.

Het vorenstaande betekent dat ook indien een stichting haar verplichtingen tot het opstellen en openbaar maken van de jaarrekening niet heeft nageleefd, de voorschriften van artikel 2:314 lid 1 sub b BW wel kunnen worden nageleefd. Wellicht kan de stichting interne financiële stukken overleggen, die zijn opgemaakt ingevolge artikel 2:10

BW, of kunnen deze stukken als basis dienen voor de financiële stukken die uiteindelijk ter inzage liggen bij het handelsregister. De interne financiële stukken die overgelegd worden, dienen echter wel recht te doen aan de ratio van het neerleggen van financiële gegevens. Uit de wetgeschiedenis (MvT bij wetsvoorstel 16 453, nr. 3-4, p. 10) volgt dat de ratio van de bepaling van artikel 2:314 BW is, dat belanghebbenden en met name schuldeisers in de gelegenheid moeten worden gesteld informatie in te winnen over de voorgestelde juridische fusie en de gevolgen daarvan. Ik ben van mening dat een stichting die niet heeft voldaan aan de wettelijke jaarrekening- en publicatieplicht van artikel 2:360 lid 3 BW en 2:394 BW of 2:396 BW, toch kan voldoen aan het vereiste van artikel 2:314 lid 1 sub b BW door het ter inzage leggen van interne financiële stukken (conform de bepalingen die gelden voor de vorm en inhoud van jaarrekeningen (art. 2:362 e.v. BW)) die belanghebbenden en schuldeisers een zodanig inzicht geven, dat zij een verantwoord oordeel kunnen vormen omtrent het fusievoorstel. Het handelsregister accepteert deponering van deze vervangende stukken echter niet. Dit betekent dat de voorgestelde oplossing in de praktijk niet werkt.

Gevolgen van het niet naleven van de publicatievoorschriften

De vraag is wat het gevolg is van het niet naleven van de publicatievoorschriften van artikel 2:314 BW voor de rechtsgeldigheid van een juridische fusie van stichtingen.

Uitgangspunt van de wet is dat een juridische fusie in beginsel geldig is indien er een door een notaris ondertekende akte van fusie is, ongeacht mogelijke gebreken in het fusieproces (M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonen* (losbl.), Boek 2 BW, art. 323, aant. 2). De wet somt in artikel 2:323 BW limitatief de gronden voor vernietiging van de juridische fusie op. Artikel 2:314 BW valt onder de reikwijdte van artikel 2:323 BW, namelijk via artikel 2:323 lid 1 sub b BW juncto artikel 2:318 lid 2 BW. Ingevolge deze bepaling moet de notaris vermelden 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 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. De publicatievoorschriften van artikel 2:314 BW vallen onder de voorschriften waarvan de notaris de naleving moet controleren. Indien de financiële gegevens niet zijn gepubliceerd, kan de notaris de voetverklaring niet afgeven. Ingevolge artikel 2:323 lid 3 juncto lid 1 sub b BW staat de juridische fusie gedurende zes maanden na nederlegging van de akte van juridische fusie ten kantore van het handelsregister bloot aan een verzoek tot vernietiging.

Artikel 2:314 lid 4 BW en de WOR: een omissie?

Hoewel niet van toepassing op stichtingen is het vierde lid van artikel 2:314 BW in het kader van dit artikel van belang. Artikel 2:314 lid 4 BW bepaalt dat, indien de rechtspersoon een ondernemingsraad (hierna: OR) of medezeggenschapsraad heeft en deze schriftelijk een advies of opmerkingen indient, dit advies of deze opmerkingen tegelijkertijd of onmiddellijk na het voorstel tot fusie ter inzage wordt/worden gelegd op het in lid 2 van artikel 2:314 BW genoemde adres.

Op grond van artikel 2:314 lid 4 BW dient het advies van de OR tegelijk met het voorstel tot fusie of onmiddellijk na ontvangst ter inzage te liggen bij de betrokken rechtspersoon. Deze laatste optie lijkt tegenstrijdig te zijn met de ratio van de WOR, aangezien artikel 25 lid 2 WOR bepaalt dat de ondernemer het te nemen besluit schriftelijk aan de OR voorlegt op een zodanig tijdstip, dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Hoe kan het advies van de OR van enige invloed zijn op het te nemen besluit als het voorstel tot juridische fusie reeds ter inzage ligt en het daaropvolgende besluit tot juridische fusie daarvan niet mag afwijken?

Problemen kunnen rijzen als het advies van de OR het voorstel tot juridische fusie, zoals het reeds bij het handelsregister ter inzage ligt, bekritiseert en wijzigingen voorstelt. Het bestuur zal het wijzigen van het voorstel tot juridische fusie op praktische gronden kunnen afwijzen. Nu het voorgenomen besluit en daarmee het besluit tot juridische fusie (amendering is niet mogelijk op grond van art. 2:317 lid 1 BW) niet overeenstemt met het advies van de OR, moet het bestuur de uitvoering van het besluit gedurende een maand nadat de OR in kennis is gesteld van het besluit, opschorten (art. 25 lid 6 WOR). Gedurende deze maand kan de OR in beroep gaan tegen het, in weerwil van zijn advies, genomen besluit (art. 26 lid 1 en 2 jo. art. 25 lid 5 WOR).

De volgende procedure kan worden gevolgd. Zodra het concept-voorstel tot juridische fusie is opgesteld, wordt dit (tezamen met andere relevante informatie), voorzien van een adviesaanvraag, aan de OR voorgelegd. Deze kan het bestuur hieromtrent adviseren. Het is aan het bestuur aan te raden voor het neerleggen van het voorstel tot juridische fusie overleg te voeren met de OR. Wijzigingen aanbrengen in een voorstel tot juridische fusie dat nog niet ter inzage ligt, is makkelijker te bewerkstelligen dan na het neerleggen van het voorstel tot juridische fusie, omdat een wijziging in beginsel een nieuw deponeringstraject inleidt. Het is dus van belang dat het advies van de OR wordt meegenomen in de redactie van het voorstel tot juridische fusie. Na de beraadslagingen wordt het voorstel tezamen met de andere bescheiden, beschreven in artikel 2:314 BW, ter inzage gelegd bij het handelsregister.

Toch vernietiging van de juridische fusie mogelijk via artikel 26 lid 5 WOR?

De OR kan ingevolge artikel 26 lid 1 WOR bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam (hierna: OK) beroep instellen tegen een besluit van de ondernemer in de zin van artikel 25 lid 5 juncto lid 1 WOR, wanneer dat besluit niet in overeenstemming is met het advies van de OR. Ook tegen een adviesplichtig besluit van de ondernemer kan de OR beroep instellen indien hij door de ondernemer niet in de gelegenheid is gesteld advies uit te brengen (OK 1 mei 1980, NJ 1981, 271 m.nt. Ma., Lingeziekenhuis).

Indien de OK het beroep gegrond acht, kan deze de verplichtingen opleggen – mits de OR daarom verzocht heeft – die genoemd worden onder a en b van artikel 26 lid 5 WOR. Een van deze verplichtingen is het geheel of ten dele intrekken van het besluit waartegen de OR in beroep is gegaan. Het is ingevolge artikel 26 lid 6 WOR verboden de verplichting tot het geheel of ten dele intrekken van een besluit niet na te leven. Het niet naleven van deze verplichting is een economisch delict (art. 1 onder 4 Wet op de economische delicten).

De vraag is of door het intrekken van een besluit tot juridische fusie (art. 2:317 lid 1 BW) dit besluit niet van kracht is in de zin van artikel 2:323 lid 1 sub c BW. Indien namelijk een besluit van het stichtingsbestuur dat vereist is voor de juridische fusie, niet van kracht is, staat de juridische fusie bloot aan een verzoek tot vernietiging (art. 2:323 lid 1 sub c jo. art. 2:323 lid 1 aanhef BW).

Artikel 2:323 lid 1 sub c BW onderscheidt naast de nietigheid en de vernietigbaarheid van een voor de juridische fusie vereist besluit het niet van kracht zijn van een besluit. In de *Parlementaire Geschiedenis* van Boek 2 BW wordt het niet van kracht zijn van een besluit niet toegelicht. Maeijer (*Asser-Maeijer* 2-11, 1997, nr. 170x) is van mening dat onder het niet van kracht zijn van een besluit ‘in het bijzonder’ verstaan moet worden een besluit dat nog de goedkeuring van enige andere instantie behoeft. De formulering van Maeijer geeft aan dat een besluit dat de vereiste goedkeuring ontbeert, slechts een voorbeeld is van een besluit dat niet van kracht is. Verdedigbaar is dat het geheel of gedeeltelijk intrekken van een besluit op vordering van de OK het niet van kracht zijn van een besluit tot gevolg heeft. Net als een besluit dat de vereiste goedkeuring van enige andere instantie ontbeert, is een besluit dat op vordering van de OK geheel of gedeeltelijk wordt ingetrokken, in beginsel een geldig genomen besluit dat alleen (nog) niet het beoogde rechtsgevolg teweegbrengt.

Het geheel of gedeeltelijk intrekken van een voor een juridische fusie vereist besluit heeft als gevolg dat een voor de juridische fusie vereiste (interne) rechtshande-

ling van de rechtspersoon geheel of ten dele ontbreekt. Dit is ook het geval bij nietigheid (het besluit is nooit tot standgekomen) of vernietiging (het besluit is met terugwerkende kracht niet tot standgekomen) van een zodanig besluit. Nu deze situaties wel een grond voor een vordering tot vernietiging van de juridische fusie kunnen vormen, zie ik, gelet op het feit dat de gevolgen voor belanghebbenden (art. 2:323 lid 2 BW) van een gehele of gedeeltelijke intrekking van een voor een juridische fusie vereist besluit over het algemeen gelijk zijn aan de gevolgen van nietigheid of vernietiging van een zodanig besluit, niet in waarom intrekking van een besluit geen grond voor vernietiging van een juridische fusie zou kunnen vormen.

Indien men aanneemt dat het geheel of ten dele intrekken van een besluit op vordering van de OK een grond voor een verzoek tot vernietiging van een juridische fusie vormt, wordt het negeren van de OR en daarmee de werknemers – op de manier zoals hiervoor uiteengezet – op gelijke wijze gesanctioneerd als het negeren van organen van de fuserende rechtspersoon. De OR en de werknemers hebben nu een middel in handen om hun inspraak en invloed op het ondernemingsbeleid te realiseren. Mijns inziens staat dit op één lijn met de ‘werkgemeenschap’ die de oorspronkelijke WOR voor ogen stond (Rechtspersonen (losbl.), Aanverwante stukken, Wet op de ondernemingsraden, Algemene inleiding onder punt 2).

J.H.A. Verweij

De Brauw Blackstone Westbroek N.V.
