

De rol van de accountant bij grensoverschrijdende fusie

*Mr. G. C. van Eck en mr. E. R. Roelofs**

Inleiding

Op 15 juli 2008 is de Wet Grensoverschrijdende fusies van kracht geworden (hierna: Wet GOF).¹ De Wet GOF, opgenomen in afdeling 2.7.3A BW, is een implementatie van de Tien-richtlijn² en omvat de artikelen 2:308 lid 3 en 2:333b tot en met 2:333l BW. Het uitgangspunt van de Tiende richtlijn is dat de vennootschapsstatuten – dat wil zeggen het op de fuse- rende vennootschappen toepasselijke recht van de onderschei- den lidstaten – cumulatief worden toegepast (art. 4 Richtlijn 2005/56/EG).

Bij de uitvoering van een grensoverschrijdende fusie (hierna: GOF) kunnen zich bij de (volledig) cumulatieve toepassing van de nationale fusievoorschriften van de vennootschaps- statuten bijzondere problemen voordoen. Deze problemen doen zich onder andere voor indien de betreffende voorscri- ften zich niet specifiek tot één of meer vennootschappen bij de betreffende GOF richten. Bovendien kan het voorkomen dat er geen rekening gehouden is met de grensoverschrijdende aspecten van de GOF. Dit wordt deels veroorzaakt doordat (1) er ten tijde van de invoering van de diverse nationale voor- schriften uiteraard nog geen rekening kon worden gehouden met grensoverschrijdende aspecten en (2) bij de implementa- tie van de Tiende richtlijn niet voldoende is geanticipeerd op de gevolgen van de (volledig) cumulatieve toepassing en de complicaties die daardoor in de praktijk konden optreden.

Een van de situaties waar problemen kunnen ontstaan door de cumulatieve toepassing van de vennootschapsstatuten, doet zich voor bij de rol van de accountant bij een outbound-GOF. Bij een outbound-GOF is de Nederlandse vennootschap de verdwijnende vennootschap, bij een inbound-GOF is de Nederlandse vennootschap de verkrijgende vennootschap. De begrippen 'inbound' en 'outbound' zijn relatief: wat vanuit het perspectief van het ene land een inbound-GOF is, is vanuit het perspectief van het andere land een outbound-GOF. Specifiek zal hierna eerst worden ingegaan op de toepassing van artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW bij een outbound-GOF. In dat artikel is bepaald dat een accountant moet verklaren dat de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennoot- schappen – bij toepassing van in het maatschappelijk verkeer

als aanvaardbaar beschouwde waarderingmethoden – ten minste overeenkwam met het nominaal gestorte bedrag op de gezamenlijke aandelen die hun aandeelhouders ingevolge de fusie verkrijgen. Dit onderdeel van de accountantsverklaring wordt ook wel de 'inbrengverklaring' genoemd.

Vervolgens zal worden ingegaan op de toepassing van het ver- eiste van artikel 2:328 lid 3 BW bij een GOF. Dat artikellid schrijft voor dat voor iedere fuserende vennootschap een accountant (als bedoeld in art. 2:393 BW) moet worden aan- gewezen indien twee of meer fuserende vennootschappen naamloze vennootschappen zijn, tenzij de voorzitter van de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam (hierna: de OK) de aanwijzing van één en dezelfde persoon als accountant op hun eenparig verzoek heeft goedgekeurd. Hier- bij zullen wij ons steeds beperken tot de GOF van kapitaalven- nootschappen. Ten slotte zal worden afgesloten met een korte conclusie.

De inbrengverklaring bij een outbound-GOF

Basis van de inbrengverklaring in het Europese recht

De inbrengverklaring is – in tegenstelling tot de meeste andere bepalingen die zien op de nationale juridische fusie in afdeling 2.7.3 BW – niet gebaseerd op de Derde richtlijn³ betreffende juridische fusie, maar op de Tweede richtlijn⁴ betreffende kapitaalbescherming. De Tweede richtlijn verplicht niet tot invoering van een inbrengverklaring in de nationale wetgeving van de lidstaten bij juridische fusie. Het betreft een voorschrift van optionele harmonisatie⁵ en de Nederlandse wetgever heeft van deze mogelijkheid gebruikgemaakt. De inbrengverklaring is primair gericht op de bescherming van de belangen van schuldeisers.

Strekking van artikel 2:328 BW

Artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW is een regeling van kapi- taalbescherming die volgens de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 2:315 BW, de voorganger van artikel 2:328 BW, en de Tweede richtlijn is ingevoerd 'om te voorkomen dat de eis van stortingsplicht in de verkrijgende vennootschap kan worden

* Mr. G.C. van Eck is werkzaam als notaris bij Loyens & Loeff. Mr. E.R. Roelofs is promovendus aan de Universiteit Utrecht.

1. Stb. 2008, 260 en Stb. 2008, 261.

2. Richtlijn 2005/56/EG.

3. Richtlijn 1978/855/EEG.

4. Richtlijn 1977/91/EEG.

5. P.J. Dortmund & M.J.G.C. Raaijmakers, De juridische fusie naar wor- dend recht, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging Handelsrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 26-28.

omzeild'.⁶ De wetgever verwijst daarbij naar de regeling van artikel 2:94b BW.

Indien de verkrijgende vennootschap een vennootschap is waarvoor artikel 2:94b BW (of art. 2:204b BW) niet geldt, lijkt er geen reden te zijn de inbrengverklaring te verlangen. Een logische vergelijking zou kunnen worden gemaakt met artikel 2:94c en 2:204c BW. Ten aanzien van deze artikelen wordt in de praktijk algemeen aangenomen dat deze geen toepassing vinden bij de verkrijging van goederen – bijvoorbeeld verkrijging van aandelen in een BV of NV – door een buitenlandse kapitaalvennootschap, die een jaar voor de oprichting of nadien toebehoorden aan een oprichter (of aandeelhouder) van die buitenlandse vennootschap (art. 2:94c lid 1 sub a en 2:204c lid 1 sub a BW).

Bij de implementatie van de Tiende richtlijn is in artikel 2:328 BW geen uitzondering opgenomen voor de afgifte van een inbrengverklaring indien er sprake is van een outbound-GOF. Ook artikel 2:333g BW, dat specifiek ziet op de accountantsverklaring bij een GOF, lijkt ervan uit te gaan dat er bij een outbound-GOF een inbrengverklaring moet worden afgegeven. Volgens artikel 2:333g BW moet immers bij een inbrengverklaring rekening worden gehouden met het totaalbedrag van de schadeloosstellingen waarop aandeelhouders op grond van artikel 2:333h BW aanspraak kunnen maken. Het recht op schadeloosstelling dat aandeelhouders kunnen hebben op grond van artikel 2:333h BW bestaat alleen voor de aandeelhouders van de Nederlandse vennootschap die in het kader van de GOF verdwijnt, dus bij een outbound-GOF. Dit neemt niet weg dat er bij een – vanuit Nederlands perspectief – inbound-GOF sprake kan zijn van een recht op schadeloosstelling krachtens het recht van een andere lidstaat dat van toepassing is op de buitenlandse, verdwijnende vennootschap. De wetgever gaat er dus in artikel 2:333g BW kennelijk van uit dat er een inbrengverklaring wordt opgemaakt voor de verkrijgende, buitenlandse vennootschap.

Gezien de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 2:328 BW en de voorloper daarvan en de strekking van het artikel is het ontbreken van een uitzondering opmerkelijk. De tekst van artikel 2:328 BW lijkt op het eerste gezicht – tenzij voor eenzelfde benadering als bij artikel 2:94c en 2:204c BW wordt gekozen – weinig tot geen ruimte te bieden voor een uitleg ten faveure van een dergelijke uitzondering. Ook de tekst van artikel 2:333g BW lijkt hieraan in de weg te staan, tenzij men deze zo leest, dat slechts indien een inbrengverklaring moet worden afgelegd op grond van het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, deze het bedrag van de te betalen schadeloosstelling dient te bevatten.

De Tiende richtlijn

Zoals in de inleiding vermeld, is bij een GOF cumulatieve toepassing van de vennootschapsstatuten de basis.⁷ Dit is ook het uitgangspunt van de Tiende richtlijn. De cumulatieve toepassing gaat echter niet zo ver, dat alle regels van het ene vennootschapsstatuut moeten worden toegepast op de vennootschap die wordt beheerst door het vennootschapsstatuut van de andere lidstaat. Er is dus weliswaar sprake van cumulatieve toepassing van de vennootschapsstatuten, maar bij deze toepassing wordt een onderscheid gemaakt naar deelgebieden in het fusieproces, er vindt een differentiatie plaats. Daarom zou kunnen worden gezegd dat er bij een GOF sprake is van een 'gedifferentieerde cumulatieve toepassing' van de vennootschapsstatuten.

De gedifferentieerde cumulatieve toepassing vindt onder andere haar basis in artikel 4 lid 1 sub b Tiende richtlijn. In dat artikel is bepaald dat een vennootschap die aan een GOF deelneemt, moet voldoen aan de bepalingen en formaliteiten van de op haar toepasselijke – eigen – nationale wetgeving. In artikel 4 lid 2 Tiende richtlijn is vervolgens bepaald dat de bedoelde bepalingen en formaliteiten in het bijzonder betrekking hebben op onder meer de bescherming van schuldeisers van de fuserende vennootschappen en aandeelhouders.

Het uitgangspunt van de Tiende richtlijn is derhalve dat in ieder geval voor het deelgebied van de bescherming van de belangen van schuldeisers *voor elke fuserende vennootschap de eigen nationale fusievoorschriften* – waaronder artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW mede moet worden begrepen – moeten worden nageleefd. Dit geldt ook voor de bescherming van de belangen van de aandeelhouders.

Nu op voornoemde gronden de toepassing van de inbrengverklaring bij een outbound-GOF tot onduidelijke situaties leidt die niet zijn voorzien, zou er ruimte kunnen zijn voor richtlijnconforme interpretatie van artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW. Op basis van deze richtlijnconforme interpretatie zouden de Nederlandse fusievoorschriften in artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW bij een outbound-GOF slechts moeten gelden ten aanzien van de verdwijnende Nederlandse vennootschap en niet ten aanzien van de verkrijgende, buitenlandse vennootschap.

In de literatuur is al gesignaleerd dat in geval van een outbound-GOF de inbrengverklaring in feite een inmenging vormt van de Nederlandse wetgever in een buitenlands rechtssysteem, terwijl de regeling van de inbrengverklaring niet voortvloeit uit de Derde richtlijn, noch uit de Tiende richt-

6. Kamerstukken II 2006/07, 30 929, nr. 3, p. 16 en in aanvulling daarop: Kamerstukken II 1980/81, 16 453, nr. 3, p. 8, 9 en 16.

7. D.F.M.M. Zaman, G.C. van Eck & E.R. Roelofs, Nationale en grensoverschrijdende juridische fusie en juridische splitsing van kapitaalvennootschappen. Een praktische civielrechtelijke analyse, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 170-172.

lijn.⁸ Van Solinge en Van Boxel geven aan dat het recht waardoor de verkrijgende vennootschap wordt beheerst, niet een vergelijkbaar vereiste behoeft te stellen of kan voorzien in een vrijstelling van de verplichting een inbrengverklaring af te geven. Zij schrijven dat het aan het recht van de verkrijgende vennootschap is om te voorzien in enige bescherming van haar kapitaal/vermogen door bijvoorbeeld een inbrengverklaring voor te schrijven. Zij pleiten ervoor bij wijziging van de wettekst het voorschrift te laten vervallen voor de outbound-GOF, maar geven niet aan hoe de praktijk hier nu – vóór eventuele wetswijziging – mee om dient te gaan.

Uitleg van artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW conform het voormelde uitgangspunt van de Tiende richtlijn lijkt voor de hand te liggen. Bij de uitvoering hiervan zou men echter stuiten op een niet-correcte toepassing van artikel 2:333g BW. Gezien de onduidelijkheid van artikel 2:328 BW op dit punt, zou interpretatie van artikel 2:333g BW in het licht van de Tiende richtlijn niet ondenkbaar zijn.⁹

Vergelijking met de SE – gedifferentieerde cumulatieve toepassing?

Ook bij een GOF waarbij een Europese vennootschap (SE) wordt gevormd, doen zich problemen voor ten aanzien van de verhouding tussen de Europese fusievoorschriften – namelijk die van de Derde richtlijn – en de nationale fusievoorschriften. In artikel 9 en 18 SE-Verordening¹⁰ is een duidelijker rangorde opgenomen dan in artikel 4 van de Tiende richtlijn. Hierbij dient wel te worden aangetekend dat (1) een Europese verordening directe werking heeft in de nationale rechtssfeer van de lidstaten, (2) een Europese richtlijn eerst implementatie behoeft in het nationale recht van de lidstaten, en (3) de SE een supranationale rechtsvorm is die haar ontstaan dankt aan de SE-Verordening als supranationale rechtsbron, die wordt aangevuld met het nationale recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft. Artikel 9 en 18 SE-Verordening vinden dus directe toepassing, terwijl artikel 4 Tiende richtlijn slechts – indirect – toegepast kan worden indien artikel 2:328 BW richtlijnconform wordt geïnterpreteerd.

In artikel 9 SE-Verordening wordt uitgegaan van een aanvullende werking van het nationale recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft betreffende aangelegenheden die niet (geheel) bij of krachtens de SE-Verordening zijn geregeld. In artikel 18 SE-Verordening is vervolgens aangegeven dat voor aangelegenheden die niet, of slechts gedeeltelijk, in de SE-Verordening zijn geregeld, de fusievoorschriften gelden die overeenkomstig de Derde richtlijn zijn opgenomen in de wet-

geving van de lidstaat waaronder de betreffende vennootschap ressorteert.

In het Preadvis van de Vereniging Handelsrecht over de Europese vennootschap gaat De Kluiver nader in op de vraag of ook aanvulling plaatsvindt met nationale fusievoorschriften die niet volgen uit de Derde richtlijn, maar die in aanvulling daarop door de lidstaten zelf gesteld zijn.¹¹ Hij onderscheidt daarbij een ruime en een strikte uitleg van artikel 18 SE-Verordening. Uit de strikte uitleg volgt dat artikel 18 SE-Verordening een specifieke, op de fusie toegesneden regeling geeft die afwijkt van de systematiek van artikel 9 SE-Verordening. Een ruime uitleg zou betekenen dat nogal uiteenlopende – en eventueel zelfs met elkaar strijdige – nationale bepalingen uit verschillende rechtsstelsels op één en dezelfde fusie van toepassing kunnen zijn. Dat geldt in het bijzonder voor voorschriften die *alle fuserende vennootschappen* daarbij betrekken.

De Kluiver neigt zelf tot een meer genuanceerde en niet al te strikte uitleg:

‘Ik zou menen dat in geval van een GOF ook die bepalingen van nationaal recht moeten worden toegepast die niet rechtstreeks uit de Derde richtlijn volgen, maar wel de positie van (minderheids)aandeelhouders en crediteuren beschermen, uiteraard voor zover zij niet met de SE-Verordening in strijd zijn en niet tot grensoverschrijdende tegenstrijdigheden leiden [curs. GCvE & ERR].’

Dit brengt volgens hem niet per se mee dat de fusievoorschriften van zowel het recht van de lidstaat dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, als het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap, integraal dient te worden toegepast. Artikel 18 SE-Verordening bepaalt immers dat voor *elke vennootschap* die deelneemt aan de fusie, *de voorschriften gelden van het recht van de lidstaat waaronder die vennootschap ressorteert*. Deze laatste bepaling vertoont grote gelijkenis met artikel 4 lid 1 sub b Tiende richtlijn.

De regeling voor de GOF op basis van de Tiende richtlijn is dan wel een iets andere dan de regeling voor de GOF waarbij een SE wordt gevormd op basis van de SE-Verordening, toch lijken met name de hiervoor aangegeven strikte uitleg en de uitleg van De Kluiver niet geheel zonder enig belang voor de eerstbedoelde regeling. Het is immers zo dat de SE behandeld dient te worden als een NV, als gevolg waarvan de Wet GOF en indirect de Tiende richtlijn, die de basis voor de Wet GOF vormt, van toepassing zijn.

Naar analogie zou wat betreft de ‘gewone’ GOF op basis van de Wet GOF en de Tiende richtlijn het standpunt kunnen worden ingenomen dat in geval van een GOF ook de bepalingen

8. G. van Solinge & H.J.M.M. van Boxel, Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij een grensoverschrijdende fusie, WPNR (2008) 6776, p. 700-708 en G.C. van Eck & I.C.P. Groenland, Cartesio: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende herstructurerings, JBN 2010, nr. 1, p. 9-13.

9. Zie hierover uitgebreider: M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2001, p. 28, 32 en 34.

10. Verordening (EG) nr. 2001/2157 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

11. H.J. de Kluiver, ‘Een vennootschap in wording’ (Deel 1), in: H.J. de Kluiver, S.H.M.A. Dumoulin, P.A.M. Witteveen & J.W. Bellingwout, De Europese vennootschap (SE), Preadvis van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 2004, Deventer: Kluwer 2004, p. 47-50.

gen van nationaal recht moeten worden toegepast die niet rechtstreeks uit de Derde richtlijn volgen, voor zover zij (1) niet met de Derde en de Tiende richtlijn in strijd zijn, en (2) niet tot grensoverschrijdende tegenstrijdigheden leiden.

Op basis van het voorgaande kan worden gesteld dat toepassing van artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW tot grensoverschrijdende tegenstrijdigheden kan leiden. Dit is in ieder geval zo indien en voor zover – zoals ook aangegeven door Van Solinge en Van Boxel – het recht waardoor de verkrijgende vennootschap wordt beheerst, niet een vergelijkbaar vereiste stelt of zelfs voor dit geval voorziet in een vrijstelling van de verplichting een inbrengverklaring af te geven.¹²

Toch een andere uitleg?

De vraag is of: (1) het gegeven dat artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW niet is gebaseerd op de Derde richtlijn, (2) gezien de strekking en de Parlementaire Geschiedenis van artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW, (3) het uitgangspunt van artikel 4 van de Tiende richtlijn en (4) de laatstbedoelde redenering een voldoende basis geven om artikel 2:328 lid 1 tweede volzin en 2:333g BW zo uit te leggen, dat er bij een outbound-GOF geen inbrengverklaring hoeft te worden afgegeven.

Een uitleg conform het uitgangspunt van artikel 4 van de Tiende richtlijn ligt voor de hand, mede aangezien het hier gaat om een nationaal voorschrift dat niet is gebaseerd op de Derde richtlijn. Artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW zou dan op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd als artikel 2:94c en 2:204c BW bij een verkrijging (onder bijzondere titel) door een buitenlandse vennootschap. Artikel 2:333g BW zou dan zo moeten worden gelezen dat slechts indien een inbrengverklaring moet worden afgelegd, deze het bedrag van de te betalen schadeloosstelling dient te bevatten.

Deze uitleg lijkt met name voor de hand te liggen indien er sprake is van grensoverschrijdende tegenstrijdigheden, zoals bijvoorbeeld ingeval het recht waardoor de verkrijgende vennootschap wordt beheerst niet een vergelijkbaar vereiste van een inbrengverklaring stelt of voorziet in een vrijstelling. Wanneer deze uitleg wordt gevolgd, zal het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, moeten prevaleren.

Al met al blijft er een ongewenste mate van onzekerheid bestaan waar, bij voorkeur op een zo kort mogelijke termijn, een einde aan zou moeten worden gemaakt door uitdrukkelijk in de wet een uitzondering op te nemen voor de afgifte van een inbrengverklaring bij een outbound-GOF of deze facultatief te maken indien alle aandeelhouders daarmee instemmen. Het lijkt het meest voor de hand te liggen om in een dergelijke uitzondering te voorzien bij de implementatie van Richtlijn 2009/109/EG betreffende de wijziging van verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsin-

gen¹³ of bij invoering van wetsvoorstel 31 058 betreffende de flex-BV. Bij de invoering van deze laatste regeling moet er sowieso al een uitzondering op het vereiste van de afgifte van een inbrengverklaring worden gemaakt, aangezien overeenkomstig dat wetsvoorstel de verplichte accountantsverklaringen van artikel 2:204a en 2:204b BW zullen komen te vervallen bij de (flex-)BV. Er zal dan ook geen inbrengverklaring meer vereist moeten zijn bij een fusie waarbij de verkrijgende vennootschap een (flex-)BV is.

De aanwijzing van accountants bij een GOF

Basis in het Europese recht (Derde richtlijn)

De regeling ten aanzien van de aanwijzing van accountants bij juridische fusie is gebaseerd op artikel 10 lid 1 van de Derde richtlijn. Het eerste deel van dit artikel bepaalt:

‘Voor elke vennootschap die een fusie aangaat, onderzoeken één [aanvulling GCvE & ERR] of meer van de vennootschap onafhankelijke deskundigen die door de overheid of de rechter zijn aangewezen of toegelaten, het fusievoorstel.’

Dit deel is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd in artikel 2:328 lid 1 eerste volzin BW.

Voorts is bepaald:

‘In de wetgeving van een Lid-Staat kan echter worden bepaald dat één [aanvulling GCvE & ERR] of meer onafhankelijke deskundigen worden aangewezen voor alle vennootschappen die de fusie aangaan, indien die aanwijzing, op gezamenlijk verzoek van deze vennootschappen, door de overheid of de rechter geschiedt.’

Deze facultatieve regeling is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd in artikel 2:328 lid 3 BW, zij het dat dit alleen is gedaan voor de fusie waarbij twee of meer van de fuserende vennootschappen NV's zijn. Dit is ook logisch, aangezien de Derde richtlijn slechts ziet op de fusie van naamloze vennootschappen en uit artikel 2:328 lid 3 eerste volzin BW volgt dat in principe voor een fusie, waarbij twee of meer NV's betrokken zijn, voor iedere vennootschap een aparte accountant wordt aangewezen.

Parlementaire Geschiedenis artikel 2:328 lid 3 BW

Ten aanzien van artikel 2:328 lid 3 BW is in de Parlementaire Geschiedenis het volgende geschreven:

‘Deze bepaling is een uitwerking van artikel 10, lid 1 van de [Derde; GCvE & ERR] richtlijn. Deze bepaling van de richtlijn is een compromis tussen het standpunt dat de benoeming van een gezamenlijke deskundige voor alle bij

12. Van Solinge & Van Boxel 2008, p. 700-708.

13. G.C. van Eck & E.R. Roelofs, Richtlijn 2009/109/EG tot wijziging van de Tweede, Derde, Zesde en Tiende richtlijn en het Wetsvoorstel 32 038, *Ondernemingsrecht* 2010, nr. 2, p. 108-112.

de fusie betrokken vennootschappen de onafhankelijkheid van die deskundige ten opzichte van elke 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 mening van de Commissie Vennootschapsrecht moet met de benoeming van een door de bij de fusie betrokken vennootschappen tezamen aangewezen deskundige kunnen worden volstaan; diens kennis en vakmanschap dienen waarborg te zijn voor een onafhankelijke verslaggeving. De minister sluit zich hierbij aan en ziet dan ook geen aanleiding om het voorschrift een ruimere toepassing te geven dan de richtlijn vereist.’

De regeling van artikel 2:328 lid 3 BW is – in tegenstelling tot de hiervoor besproken regeling in artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW – niet gericht tot een van de fuserende vennootschappen, maar tot alle fuserende NV’s.

De Tiende richtlijn

Voor de GOF is in artikel 8 lid 1 Tiende richtlijn het principe vastgelegd dat voor elke fuserende vennootschap een onafhankelijke deskundige wordt ingeschakeld.

Voor de GOF is tevens in artikel 8 lid 2 Tiende richtlijn bepaald:

‘Bij wijze van alternatief voor het inschakelen van deskundigen die voor elk van de fuserende vennootschappen optreden, kan het onderzoek van het voorstel voor een grensoverschrijdende fusie worden verricht door één of meer onafhankelijke deskundigen die daartoe op gezamenlijk verzoek van deze vennootschappen zijn aangewezen dan wel goedgekeurd door een rechterlijke of administratieve instantie in de lidstaat waaronder één [aanvulling GCvE & ERR] van de fuserende vennootschappen of de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap ressorteert, en die één voor alle deelgerechtigden bestemd verslag opstellen.’

De Wet GOF

In de Parlementaire Geschiedenis bij de Wet GOF is ten aanzien van artikel 2:333g BW het volgende gesteld:

‘Artikel 8 van de [Tiende; GCvE & ERR] richtlijn behandelt deze verklaring [dat wil zeggen de verklaring ten aanzien van de redelijkheid van de ruilverhouding; GCvE & ERR] van de accountant. Inhoudelijk is het voorschrift ontleend aan artikel 10 lid 2 Derde richtlijn, vastgelegd in artikel 2:328 BW; implementatie is dan ook niet nodig.’¹⁴

Het aantal deskundigen

De hiervoor onder het kopje ‘De Wet GOF’ weergegeven stelling uit de Parlementaire Geschiedenis is juist voor zover het betreft de benoeming van een deskundige voor elke fuserende vennootschap (art. 2:328 lid 3 eerste volzin BW) indien onder ‘naamloze vennootschappen’ in de zin van artikel 2:328 lid 3 BW ook niet Nederlandse NV-achtigen moeten worden verstaan. Als uitgangspunt voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een NV-achtige, kan Bijlage I van de SE-Verordening worden gebruikt.

Bij een GOF kan de vraag rijzen hoeveel accountants er moeten worden aangewezen. Deze vraag zal met name rijzen indien het recht dat van toepassing is op de niet-Nederlandse NV-achtige, die partij is bij een GOF, een identieke regeling kent (de betreffende lidstaat zal immers ook art. 10 Derde richtlijn en art. 8 lid 1 Tiende richtlijn geïmplementeerd moeten hebben) die ook voorziet in de benoeming van een accountant voor iedere fuserende vennootschap indien twee of meer van de fuserende vennootschappen naamloze vennootschappen zijn. Deze vraag dient te worden beantwoord voorafgaande aan de vraag welke rechterlijke of administratieve instantie om goedkeuring wordt gevraagd (zie onder het kopje ‘De bevoegde rechterlijke of administratieve instantie’).

Volledige cumulatieve toepassing van de betreffende vennootschapsstatuten zou er bij een GOF – waarbij twee naamloze vennootschappen zijn betrokken – toe leiden dat het antwoord op de gerezen vraag zou moeten zijn dat er voor iedere fuserende vennootschap twee accountants moeten worden aangewezen, namelijk: één krachtens Nederlands recht en één krachtens het recht dat van toepassing is op de door het andere recht beheerste niet-Nederlandse NV-achtige.

De bewoordingen van artikel 2:328 lid 3 BW zijn niet helemaal duidelijk (daarin is immers de onduidelijke term ‘naamloze vennootschappen’ opgenomen), daarom ligt het voor de hand artikel 2:328 lid 3 BW en de betreffende bepaling uit het andere toepasselijke recht uit te leggen conform het uitgangspunt van artikel 8 lid 1 van de Tiende richtlijn. Dat bepaalt immers dat er voor elke fuserende vennootschap één onafhankelijke deskundige wordt aangewezen. Dit uitgangspunt zou dan moeten prevaleren en het resultaat daarvan is dat er maximaal evenveel accountants worden aangewezen als er fuserende vennootschappen zijn. Het gevolg is dan in ieder geval dat de onafhankelijkheid van de deskundigen (voor zover die al nodig is naar de mening van de minister van Justitie, zoals hiervoor onder het kopje ‘Parlementaire Geschiedenis artikel 2:328 lid 3 BW’ is vermeld) is gewaarborgd. In de praktijk blijkt die benadering al te worden gevolgd bij de GOF waarbij een SE wordt gevormd.¹⁵

Los van het aantal accountants dat betrokken is bij de GOF, ligt het voor de hand dat voor de Nederlandse NV een Neder-

14. Kamerstukken II 2006/07, 30 929, nr. 3, p. 15.

15. Vz. Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2007, ARO 2007/115 (HCES N.V.; Home Credit Grand Holding A.S.; HC Holding A.S.).

landse accountant zal worden aangewezen en voor de andere fuserende vennootschap, die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat, een accountant uit die lidstaat. Op die wijze lijkt dan ook de deskundigheid het meest gewaarborgd. Anders zou een Nederlandse accountant een buitenlandse vennootschap moeten onderzoeken en controleren (en vice versa).

De bevoegde rechterlijke of administratieve instantie

De stelling uit de Parlementaire Geschiedenis betreffende de implementatie van artikel 8 Tiende richtlijn is echter onjuist voor zover het gaat om de instantie die bevoegd is tot goedkeuring van de aanwijzing van één deskundige bij een GOF. Artikel 2:328 lid 3 BW wijst bij een GOF niet de rechterlijke of administratieve instantie uit een van de betrokken lidstaten aan die de aanwijzing van een accountant kan goedkeuren.

Artikel 8 lid 2 Tiende richtlijn voorziet wel in een duidelijke regeling. Daarin is bepaald dat de machtiging of goedkeuring door één rechterlijke of administratieve instantie in één van de betrokken lidstaten voldoende is. Deze zal dan ook in de lidstaten waaronder de andere fuserende vennootschappen ressorteren, moeten worden erkend. Het mag niet zo zijn dat andere lidstaten vereisen dat dergelijke instanties in die (eigen) lidstaten ook één of meer onafhankelijke deskundigen moeten aanwijzen dan wel een en ander moeten goedkeuren (of bekrachtigen).

Hoewel dit niet ondubbelzinnig volgt uit artikel 2:328 lid 3 BW en artikel 8 Tiende Richtlijn, hebben de fuserende vennootschappen keuzevrijheid wat betreft de rechter van de lidstaat die zij adiëren ter goedkeuring van de aanwijzing van één deskundige. Zij hebben hierbij de keuze de goedkeuring te vragen aan:

1. de rechter van de lidstaat waarvan het recht van toepassing is op de verdwijnende vennootschap;
2. de rechter van de lidstaat waarvan het recht van toepassing is op de verkrijgende vennootschap; of
3. de rechter van de derde-lidstaat waarvan het recht van toepassing is op de verkrijgende, nieuw opgerichte vennootschap – mits dat recht voorziet in deze mogelijkheid, zoals het Nederlandse recht (art. 2:333c lid 1 BW).¹⁶

Als de fuserende vennootschappen een keuze hebben gemaakt aan welke rechter zij de goedkeuring van de benoeming van één deskundige voorleggen, komt de vraag op welke deskundige door die rechter zal worden aangewezen: die van de lidstaat waarvan het recht van toepassing is op de verkrijgende vennootschap, of die van de lidstaat waarvan het recht van toepassing is op de verdwijnende vennootschap. De Tiende richtlijn bevat geen regels voor die situatie. De rechter zal in die situatie waarschijnlijk de *lex fori* toepassen. Dit houdt bijvoorbeeld in dat, indien de Nederlandse rechter – de OK – om goedkeu-

ring wordt gevraagd, waarschijnlijk een Nederlandse accountant wordt benoemd. Het ligt voor de hand dat de inhoud van de verklaring van de deskundige dan eveneens wordt bepaald door het recht van de lidstaat van de aanwijzende rechter. De keuze voor de goedkeurende instantie in een lidstaat heeft dan dus verstrekkende gevolgen en dit zou betekenen dat deze keuze indirect een keuze behelst voor het recht dat van toepassing is op en de inhoud van de deskundigenverklaring.

De regeling ten aanzien van de aanwijzing van een accountant in artikel 2:328 lid 3 BW – zoals hiervoor is aangegeven – is gebaseerd op de Derde richtlijn en de Tiende richtlijn. Wanneer de fuserende vennootschappen zich wenden tot de Nederlandse OK, zou dat niet alleen gevolgen hebben voor de verklaring van de accountant ten aanzien van de redelijkheid van de ruilverhouding – zoals bedoeld in artikel 8 Tiende richtlijn – maar ook voor de inbrengverklaring (die gebaseerd is op de Tweede richtlijn en die Nederland heeft opgenomen als onderdeel van de accountantsverklaring in art. 2:328 lid 1 BW). Bij keuze voor de Nederlandse rechter zou ook dan de inbrengverklaring moeten worden afgegeven.

Onder het kopje ‘De inbrengverklaring bij een outbound-GOF’ is verdedigd dat bij de outbound-GOF de inbrengverklaring niet te allen tijde op haar plaats is. Wanneer de rechter of goedkeurende instantie van de andere lidstaat wordt gevraagd de aanwijzing van één accountant goed te keuren en het betreft een (vanuit Nederlands perspectief) inbound-GOF, dan zou naar onze mening – ook al is dit niet geheel logisch – de dan benoemde, buitenlandse deskundige naast zijn oordeel over de ruilverhouding, tevens een inbrengverklaring moeten afgeven conform artikel 2:328 lid 1 BW. Indien de inbrengverklaring bij de inbound-GOF ontbreekt, zal de Nederlandse notaris de fusieakte niet kunnen passeren omdat niet alle voorschriften zijn nageleefd (art. 2:333i lid 3 BW).

Wij zijn van mening dat artikel 2:328 lid 3 BW, voor zover dat artikellid ziet op de bevoegde rechterlijke instantie die de aanwijzing van één accountant kan goedkeuren, conform artikel 8 lid 2 Tiende richtlijn dient te worden uitgelegd en dus één rechterlijke of administratieve instantie in de lidstaat waaronder een van de fuserende vennootschappen of de uit de GOF ontstane vennootschap ressorteert, bevoegd is.

Conclusies

Het verdient de voorkeur om artikel 2:328 lid 1 en 3 BW te verduidelijken en te wijzigen.

Op basis van een richtlijnconforme interpretatie zouden de Nederlandse fusievoorschriften in artikel 2:328 lid 1 tweede volzin BW bij een outbound-GOF slechts moeten gelden ten aanzien van de verdwijnende Nederlandse vennootschap en niet ten aanzien van de verkrijgende, buitenlandse vennootschap.

16. G. van Solinge, Grensoverschrijdende juridische fusie: beschouwingen aan de hand van de derde en tiende EEG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht (diss. VU), Deventer: Kluwer 1994, p. 231.

Naar onze mening verdient het de voorkeur om aan de onzekerheid rondom dit vereiste een einde te maken en expliciet te bepalen dat er voor een outbound-GOF geen inbrengverklaring vereist is. Het lijkt het meest voor de hand te liggen om in een dergelijke uitzondering te voorzien bij de implementatie van Richtlijn 2009/109/EG betreffende de wijziging van verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen of bij invoering van wetsvoorstel 31 058 betreffende de flex-BV, waarbij ook al moet worden voorzien in een vrijstelling voor de inbound-GOF waarbij een flex-BV de verkrijgende vennootschap is.

Ten slotte zou op basis van een richtlijnconforme interpretatie van artikel 2:328 lid 3 BW reeds tot de conclusie kunnen worden gekomen dat er bij een GOF ‘slechts’ voor iedere fuserende vennootschap één accountant zou moeten worden aangewezen, tenzij een rechterlijke of administratieve instantie de aanwijzing van één accountant voor alle fuserende vennootschappen heeft goedgekeurd. Idealiter zou artikel 2:328 lid 3 BW moeten worden aangepast, zodat dit duidelijk wordt.