

33. Artikel 2:314 lid 1 BW, een knap staaltje *vintage* wetgeving

L.W. KELTERMAN

Bij een grensoverschrijdende fusie roept de toepassing van art. 2:314 lid 1 BW de vraag op of ook stukken van de buitenlandse partij bij het Nederlandse handelsregister neergelegd moeten worden. In dit artikel geeft de auteur aan de hand van de wet, wetsgeschiedenis en literatuur antwoord op deze vraag. Tevens wordt in dit kader aandacht besteed aan het onderzoek dat de notaris moet (kunnen) verrichten teneinde de vereiste verklaringen te kunnen afgeven. Het artikel wordt afgesloten met de aanbeveling enige nuance aan te brengen in art. 2:333i BW.

Inleiding

De verplichting om jaarstukken te deponeren ten kantore van het handelsregister leidt bij een grensoverschrijdende fusie tot onduidelijkheid over de vraag of de buitenlandse partij ook jaarstukken moet deponeren. In dit artikel onderzoek ik welke stukken moeten worden gedeponerd bij een grensoverschrijdende fusie.

1. Deponeren van stukken als bedoeld in artikel 2:314 BW

1. Evenals bij een nationale fusie wordt bij een grensoverschrijdende fusie bepaalde informatie via het handelsregister openbaar gemaakt. Mede op basis van deze informatie kunnen aandeelhouders, crediteuren en zij met een bijzonder recht beoordelen of verzet moet worden aangetekend tegen de voorgenomen fusie, als bedoeld in art. 2:316 BW. Voor nationale fusies schrijft art. 2:314 lid 1 BW voor welke stukken openbaar gemaakt moeten worden:

‘Elke te fuseren rechtspersoon legt ten kantore van het handelsregister neer of maakt langs elektronische weg bij het handelsregister openbaar:

- a. het voorstel tot fusie,
- b. de laatste drie vastgestelde jaarrekeningen of andere financiële verantwoordingen van de te fuseren rechtspersonen, met de accountantsverklaring daarbij, voor zover deze stukken ter inzage liggen of moeten liggen,
- c. de jaarverslagen van de te fuseren rechtspersonen over de laatste drie afgesloten jaren, voor zover deze ter inzage liggen of moeten liggen,

d. tussentijdse vermogensopstellingen of niet vastgestelde jaarrekeningen, voor zover vereist ingevolge artikel 313 lid 2 en voor zover de jaarrekening van de rechtspersoon ter inzage moet liggen.’

2. In de praktijk leidt de toepassing van dit artikel bij een grensoverschrijdende fusie veelal tot onduidelijkheid. Bij een dergelijke fusie zijn immers buitenlandse partijen betrokken. Moeten die ook stukken ten kantore van het handelsregister deponeren? En welke stukken moeten nu precies worden gedeponerd?

Een rondje langs notarissen, accountants en andere adviseurs, alsook bestudering van bij het handelsregister gedeponerde pakketten met fusiestukken, levert het beeld op dat verschillend met de deponeringsverplichtingen wordt omgegaan. Soms worden slechts de stukken van de Nederlandse vennootschap neergelegd, in andere gevallen zijn van alle betrokken vennootschappen alle denkbare stukken neergelegd.

3. Voor de passerende notaris is het antwoord op de gestelde vragen zeer relevant. Of hij nu een ‘attest’ afgeeft bij een *outbound* fusie (art. 2:333i lid 3 BW), of een fusieakte passeert bij een *inbound* fusie (art. 2:318 jo. 333i lid 5 BW), hij zal moeten verklaren dat alle voorschriften naar Nederlands recht in acht zijn genomen. Gelet op het belang van onder anderen schuldeisers van de betrokken vennootschappen bij die informatie, moet de notaris ervan overtuigd zijn dat de procedure van deponering op juiste wijze is gevolgd voordat hij zijn verklaring kan afleggen.

2. Voor wie geldt art. 2:314 lid 1 BW?

4. Teneinde antwoord te kunnen geven op de hiervoor gestelde vragen, moet eerst worden vastgesteld op welke van de fuserende partijen de Nederlandse wetgeving van

toepassing is. Roelofs heeft in zijn proefschrift duidelijk beschreven welke ontwikkeling op Europees niveau heeft plaatsgevonden ten aanzien van de vraag welk recht op een grensoverschrijdende fusie van toepassing is (E.R. Roelofs, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*, VDHI nr. 122, p. 80 en 81). Hij schrijft dat de Tiende Richtlijn betreffende grensoverschrijdende juridische fusies (in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd in Afdeling 2.7.3A BW) is gebaseerd op het idee van cumulatieve toepassing van het recht van de verkrijgende vennootschap en het recht van de verdwijnende vennootschap(en). Een grensoverschrijdende fusie kan dus slechts geëffectueerd worden wanneer voldaan is aan alle voorschriften die gesteld worden door het recht dat van toepassing is op de verdwijnende vennootschap(en) en het recht dat van toepassing is op de verkrijgende vennootschap.

5. Uit het vorenstaande volgt dus dat slechts de Nederlandse vennootschap die betrokken is bij een grensoverschrijdende fusie onderworpen is aan de bepalingen van het Nederlandse civiele fusierecht (Zie o.a. ook: H.J.M.M. van Boxel, 'Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht. Een juridisch technische benadering', *VDHI* nr. 109, par. 4.3.1 en 4.3.3, Van Veen, in: *GS Rechtspersonen*, artikel 2:333i BW en *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I** 2015, nr. 465).

Bij het ontbreken van een bijzondere regeling voor het deponeren van stukken bij een grensoverschrijdende fusie in Afdeling 2.7.3A BW, is art. 2:314 lid 1 BW van toepassing op de Nederlandse vennootschap die partij is bij een grensoverschrijdende fusie. Het antwoord op de hiervoor gestelde vraag lijkt dan ook klip en klaar: alleen de Nederlandse vennootschap is verplicht de opgesomde gegevens te deponeren.

3. Welke stukken worden bedoeld in art. 2:314 lid 1 BW?

6. In art. 2:314 lid 1 BW is opgesomd welke stukken de Nederlandse vennootschap moet deponeren ten kantore van het handelsregister. De subs a (het fusievoorstel) en d (tussentijdse vermogensopstelling) zijn duidelijk. Maar moeten de verplichtingen zoals opgenomen in sub b en sub c nu ook worden gelezen in het licht van het vorenstaande en gelden deze verplichtingen alleen voor de Nederlandse vennootschap(en)? Of is ook een buitenlandse partij verplicht bij het Nederlandse handelsregister financiële (jaar)stukken neer te leggen? In het artikel, onder b en c staat immers (mijn cursivering): 'van de te fuseren rechtspersonen'. Meervoud dus.

7. Voor de grensoverschrijdende fusie geeft de wettekst geen duidelijkheid. En ook in de literatuur is deze vraag niet aan de orde gekomen. Van Boxel (in zijn hiervoor aangehaalde boek, par. 4.7) schrijft wel expliciet dat de bepalingen die het deponeren van fusiestukken betreffen, slechts gelden voor de Nederlandse vennootschap, maar vermeldt niet welke stukken dan neergelegd moeten worden. De

parlementaire geschiedenis van Afdeling 2.7.3A BW biedt evenmin uitkomst (Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van Richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (*PbEU L* 310), *Kamerstukken II* 2006/07, 30929). Er wordt niet ingegaan op de specifieke verplichting tot het deponeren van de jaarstukken.

8. In de parlementaire geschiedenis en de literatuur over art. 2:314 BW zelf staat echter iets dat voor de vraag in deze bijdrage interessant is. Tot het moment waarop de Handelsregisterwet 1996 in oktober 1997 werd ingevoerd, hield iedere Kamer van Koophandel een eigen handelsregister. De wetgever achtte het destijds onwenselijk dat een schuldeiser allerlei registers door zou moeten spitten teneinde zich een beeld te vormen van de financiële staat van de te fuseren vennootschappen. Een blik in een handelsregister waarin één van de te fuseren partijen was ingeschreven, zou voldoende moeten zijn (zie hierover: *Kamerstukken II* 2006/07, 16453, nr. 3, p. 10 en Koster in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:314 BW, aant. 2). Om die reden is bepaald dat iedere rechtspersoon die bij een fusie is betrokken verplicht is de financiële gegevens van *alle* bij die fusie betrokken rechtspersonen te deponeren. In de onderdelen b en c van art. 2:314 lid 1 BW wordt dus bewust van het meervoud 'rechtspersonen' gesproken.

9. Bij de samenvoeging van de handelsregisters tot één register in 1997, is het artikel niet aangepast. Ik kan er niets over terugvinden, maar ik vermoed dat het geen bewuste keuze van de wetgever was. Tegenwoordig rust dus nog steeds op iedere bij een fusie betrokken partij een zelfstandige verplichting om de financiële stukken van *alle* fuserende rechtspersonen te deponeren. Maar sinds 1997 gebeurt dat in hetzelfde handelsregister.

4. Artikel 2:314 lid 1 BW in de grensoverschrijdende fusie procedure

10. Op iedere bij een grensoverschrijdende fusie betrokken partij is het nationale fusierecht van toepassing. Voor de Nederlandse vennootschap die partij is bij een grensoverschrijdende fusie, geldt dus Titel 7 van Boek 2 BW. Zoals uit het vorenstaande blijkt, is de Nederlandse vennootschap verplicht het gezamenlijke fusievoorstel en (indien van toepassing) de tussentijdse vermogensopstelling ten kantore van het handelsregister neer te leggen. En ofschoon de wetgever bij de invoering van art. 2:314 BW geen grensoverschrijdende fusie voor ogen had, is juist in dat geval de ten tijde van de invoering van art. 2:314 BW heersende opvatting, dat crediteuren en aandeelhouders op één plek een totaaloverzicht van de gevolgen van de voorgenomen fusie moeten kunnen verkrijgen en daarvoor niet allerlei verschillende registers moeten raadplegen, weer heel actueel. De Nederlandse vennootschap is zelfstandig verplicht financiële stukken te deponeren van *alle* bij de grens-

overschrijdende fusie betrokken partijen. Dus ook van de buitenlandse.

5.1 De uitzondering ‘voor zover...’

11. In art. 2:314 lid 1 BW is onder b en c een uitzondering opgenomen. De verplichting jaarstukken neer te leggen geldt slechts:

‘voor zover deze (stukken) ter inzage liggen of moeten liggen,’

Hiermee wordt voorkomen dat partijen onder de fusieregeling verplicht zouden zijn méér openbaar te maken dan waartoe zij op grond van het jaarrekeningenrecht verplicht zijn. Indien bijvoorbeeld een 403-verklaring is afgegeven (en aan de overige vereisten is voldaan), is een vennootschap niet verplicht jaarlijks haar financiële stukken te deponeren. Deze vennootschap is daartoe dan evenmin in het kader van een fusie verplicht.

12. Ten tijde van de invoering van art. 2:314 BW bestond er nog geen mogelijkheid om grensoverschrijdend te fuseren. En is dus ook niet nagedacht over de toepassing van de bepaling in internationale verhoudingen. De achterliggende idee dat op één plek alle relevante (financiële) informatie te vinden moet zijn, gaat echter ook (of juist!) in deze verhoudingen weer op.

Gelet op de overwegingen met het oog op de crediteurenbescherming, is het te kort door de bocht te stellen dat de verplichting om stukken te deponeren slechts bestaat ten aanzien van stukken die ter inzage liggen of moeten liggen bij het *Nederlandse* handelsregister. Dat zou immers met zich brengen dat in de praktijk bij een grensoverschrijdende fusie alsnog nooit stukken van de buitenlandse vennootschap(pen) worden gedeponerd. Die stukken liggen in Nederland immers niet ter inzage en evenmin bestaat er een verplichting deze neer te leggen. Aan de andere kant geldt het uitgangspunt dat het fusierecht niet kan leiden tot een deponeringsplicht die niet bestond onder het recht dat op de betreffende partij van toepassing is. Het moet dus ook weer niet zo zijn dat de Nederlandse vennootschap verplicht wordt om stukken neer te leggen die de buitenlandse partij in eigen land niet hoeft te deponeren.

Een logische uitkomst zou dan zijn, aansluiting te zoeken bij hetgeen de betreffende buitenlandse vennootschap reeds deponert of moet deponeren onder het op haar van toepassing zijnde nationale recht.

5.2 De rol van de notaris

13. Dat laatste vormt voor de notaris een uitdaging. Als sluitstuk van de fusieprocedure moet hij immers verklaren dat aan alle voorschriften is voldaan. Het is voor hem evenwel niet eenvoudig om met betrekking tot buitenlandse partijen vast te stellen welke deponeringsverplichtingen gelden. En al helemaal niet of de betreffende vennootschap daaraan op correcte wijze voldaan (of niet voldaan) heeft. Naar mijn idee mag de notaris zich bij zijn onderzoek beperken tot de vaststelling welke financiële stukken er in publiek toegankelijke registers van het betreffende land beschikbaar zijn. Voorts zal hij het bestuur van de betrokken buitenlandse vennootschap(pen) moeten laten verklaren dat die gegevens juist en up-to-date zijn. Behoudens in het geval van evidente onjuistheden, kan van de notaris niet meer worden verwacht. Teneinde de notaris in staat te stellen een juiste en realistische verklaring met betrekking tot de grensoverschrijdende juridische fusie af te geven, dient deze nuance te worden doorgevoerd in de eisen die de leden 3 en 5 van art. 2:333i BW aan de notariële verklaring stellen.

6. Conclusie

De toepassing van art. 2:314 lid 1 BW roept bij een grensoverschrijdende fusie de vraag op welke jaarstukken gedeponerd moeten worden. In dit artikel concludeer ik dat op iedere Nederlandse vennootschap de verplichting rust om zowel de eigen jaarstukken als die van de betrokken buitenlandse partijen te deponeren ten kantore van het handelsregister. Die regel van crediteurenbescherming is ontstaan in de tijd dat er meerdere handelsregisters waren. En in het geval van een grensoverschrijdende fusie, waaraan een of meerdere buitenlandse partijen deelnemen, is deze weer actueel. Een knap staaltje *vintage* wetgeving dus!

Gelet op de lastige situatie dat een Nederlandse notaris niet kan vaststellen of in het buitenland een deponeringsverplichting geldt, zal deze zich mogen beperken tot het doen van onderzoek in de publieke registers en het vragen van een aanvullende verklaring van het bestuur van de buitenlandse partij. De wettelijke eisen die aan de notariële verklaringen gesteld worden, dienen in deze zin genuanceerd te worden.

Over de auteur

L.W. Kelterman

Notaris bij VBC Notarissen.