
Richtlijnvoorstel inzake grensoverschrijdende fusies

Inleiding

Thans wordt aangenomen dat een grensoverschrijdende fusie onder het huidige recht niet mogelijk is (uitgezonderd Gerard van Solinge¹). De Europese Commissie heeft op 18 november 2003 een voorstel voor de Tiende EG-Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies ingediend (COM/2003/703) (hierna: de Richtlijn). De Richtlijn moet het voor alle kapitaalvennootschappen (zowel naamloze als andere vennootschappen) eenvoudiger maken om grensoverschrijdende fusies aan te gaan. Krachtens de Richtlijn kunnen vennootschappen grensoverschrijdende fusies aangaan overeenkomstig hun nationale recht. Tegelijkertijd voorziet de Richtlijn in harmoniserende procedureregels ter zake van grensoverschrijdende fusies. De Richtlijn is volgens de toelichting op het voorstel vooral bedoeld voor kleine en middelgrote ondernemingen die in meer dan één lidstaat actief willen zijn, maar niet in geheel Europa. Het is denkbaar dat het voorstel tevens aantrekkelijk is voor grote beursgenoteerde ondernemingen die over de grens willen fuseren. Voor een buitenlandse beursvennootschap die meerderheidsaandeelhouder is van een Nederlandse vennootschap, kan het wenselijk zijn om een grensoverschrijdende fusie aan te gaan, waarbij de buitenlandse vennootschap de verkrijgende en de Nederlandse vennootschap de verdwijnende vennootschap is. Als gevolg van de fusie zullen de minderheidsaandeelhouders aandeelhouders worden van de verkrijgende vennootschap. De grensoverschrijdende fusie zou een alternatief kunnen zijn voor de uitkooppre-

geling en derhalve kunnen worden gebruikt als een grensoverschrijdende 'squeeze out merger'.

In deze bijdrage zal worden ingegaan op de voor de Nederlandse rechtspraak relevante onderdelen van de Richtlijn. Alvorens de relevante aspecten van de Richtlijn nader te bespreken wordt de totstandkomingsgeschiedenis van de Richtlijn en het toepassingsbereik daarvan behandeld.

Historie

In 1984 heeft de Europese Commissie reeds een voorstel voor een richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van naamloze vennootschappen ingediend. Het Europees Parlement heeft op dit voorstel echter geen advies uitgebracht. Het Europees Parlement verwachtte dat ondernemingen uit de verschillende lidstaten misbruik zouden maken van de regels omtrent grensoverschrijdende fusies om zich zodoende aan hun verplichtingen op het gebied van de medezeggenschap van werknemers te onttrekken. De Europese Commissie heeft haar voorstel in 2001 ingetrokken met de intentie later een nieuw voorstel in te dienen waarin rekening werd gehouden met de ontwikkelingen in het gemeenschapsrecht.

Deze ontwikkelingen betroffen de overeenstemming die in 2001 werd bereikt over de Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap (2257/2001) en de aanvullende richtlijn aangaande de medezeggenschap van werknemers in de Europese vennootschap (2001/86). Nu inmiddels overeenstemming is bereikt inzake de medezeggenschap van werknemers, volgens de hiervoor genoemde verordening en aanvullende richtlijn, zijn de kansen voor een nieuwe richtlijn met betrekking tot grensoverschrijdende fusies vergroot.

De Richtlijn verschilt van het voorstel uit 1984 met name op twee onderdelen. Waar het eerdere voorstel alleen van toepassing was op naamloze vennootschappen, is de Richtlijn van toepassing op alle kapitaalvennootschappen. Voorts bevat de Richtlijn, in tegenstelling tot het eerdere voorstel uit 1984, een regeling betreffende de medezeggenschapsrechten van werknemers.

Toepassingsbereik

Fusie

Ingevolge de Richtlijn wordt onder 'fusie' verstaan de rechtshandeling waarbij:

1. de activa en passiva van het vermogen van één of meer vennootschappen als gevolg en op het tijdstip van ontbinding zonder liquidatie in hun geheel op een andere, reeds bestaande vennootschap, de overnemende vennootschap, overgaan tegen uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de andere vennootschap aan haar deelgerechtigden (de fusie door overneming);

1. Gerard van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie*, Deventer: Kluwer 1994.

2. de activa en passiva van het vermogen van twee of meer vennootschappen als gevolg en op het tijdstip van ontbinding zonder liquidatie in hun geheel op een door hen op te richten vennootschap, de nieuwe vennootschap, overgaan tegen uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de nieuwe vennootschap aan haar deelgerechtigden (de fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap); en
3. de activa en passiva van het vermogen van een vennootschap als gevolg en op het tijdstip van haar ontbinding zonder liquidatie in hun geheel overgaan op de vennootschap die alle bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal bezit (de groepsfusie ex art. 2:310 lid 4 BW).

Grensoverschrijdende fusie

De Richtlijn is slechts van toepassing op grensoverschrijdende fusies. Grensoverschrijdende fusie is gedefinieerd als een fusie waarbij kapitaalvennootschappen zijn betrokken die zijn opgericht overeenkomstig het recht van een lidstaat en hun statutaire zetel, hun hoofdkantoor of hun hoofdvestiging in de Europese Gemeenschap hebben, indien ten minste twee ervan onder de wetgeving van verschillende lidstaten vallen. Ingevolge de definitie is een fusie tussen een naamloze vennootschap naar Nederlands recht en een *société anonyme* naar Frans recht een grensoverschrijdende fusie.

Kapitaalvennootschap

In tegenstelling tot het eerdere voorstel van de Europese Commissie uit 1984 is de Richtlijn van toepassing op alle kapitaalvennootschappen. Ingevolge de Richtlijn is een kapitaalvennootschap een vennootschap die rechtspersoonlijkheid bezit en een apart vermogen heeft dat uitsluitend voor de schulden van de vennootschap kan worden aangesproken.

Enkele onderdelen van het voorstel

Toepasselijk recht

De hoofdregel van de Richtlijn is dat elke aan een grensoverschrijdende fusie deelnemende vennootschap, wat de fusie betreft, is onderworpen aan de bepalingen in de nationale wetgeving waaronder zij valt. Deze nationale bepalingen hebben met name betrekking op het besluitvormingsproces in verband met de fusie en op de bescherming van schuldeisers, obligatiehouders, houders van andere bewijzen van deelgerechtigdheid dan aandelen, minderheidsaandeelhouders en werknemers. De hoofdregel lijdt uitzondering indien in de Richtlijn anders is bepaald voor redenen verband houdend met het grensoverschrijdend karakter van de fusie. Het doel is derhalve om de procedure voor grensoverschrijdende fusies zo nauw mogelijk te doen aansluiten bij de nationale procedures voor fusies tussen vennootschappen die onder het recht van dezelfde lidstaat vallen.

Inhoud van het fusievoorstel

Artikel 3 van de Richtlijn bepaalt dat elk leidinggevend of bestuursorgaan van elke bij de fusie betrokken vennootschap een gemeenschappelijk voorstel voor een grensoverschrijdende fusie opstelt. Dit gemeenschappelijk voorstel bevat naast de gegevens die ingevolge de Derde Richtlijn betreffende binnenlandse fusies (78/855) in het fusievoorstel dienen te worden opgenomen, tevens gegevens die in verband met het grensoverschrijdende karakter van de fusie noodzakelijk zijn. Dergelijke gegevens betreffen de naam, de statutaire zetel en de statuten van de uit de fusie ontstane vennootschap, alsmede informatie over de procedures volgens welke regelingen worden vastgesteld met betrekking tot de wijze waarop werknemers bij de vaststelling van hun medezeggenschapsrechten in de uit de fusie ontstane vennootschap worden betrokken. Artikel 3 bepaalt voorts dat de fuserende vennootschappen in onderling overleg nog andere gegevens aan het gemeenschappelijk fusievoorstel kunnen toevoegen.

Openbaarmaking van gegevens

Ingevolge artikel 4 van de Richtlijn dienen de fuserende vennootschappen bepaalde gegevens bekend te maken (in Nederland bij het handelsregister). Deze gegevens dienen uiterlijk een maand voor de datum waarin de algemene vergadering van aandeelhouders het gemeenschappelijk fusievoorstel moet goedkeuren, te zijn gedeponeed. De vereiste gegevens betreffen onder andere de naam en statutaire zetel van de uit de fusie ontstane vennootschap. De openbare registers waar de akten van de fuserende vennootschappen zijn ingeschreven, alsmede de inschrijvingsnummers worden tevens openbaar gemaakt. Voorts dienen de regelingen volgens welke de rechten van de schuldeisers en in voorkomend geval van de minderheidsaandeelhouders worden uitgeoefend, voor elke fuserende vennootschap te worden vermeld. In tegenstelling tot het eerdere voorstel van de Europese Commissie uit 1984 is het ingevolge de Richtlijn niet vereist dat het volledige gemeenschappelijke fusievoorstel openbaar wordt gemaakt.

Deskundigenverslag

Krachtens artikel 5 van de Richtlijn wordt voor elke bij de fusie betrokken vennootschap een voor de deelgerechtigden bestemd deskundigenverslag opgesteld. Het deskundigenverslag dient uiterlijk een maand voor de datum waarin de algemene vergadering van aandeelhouders het gemeenschappelijk fusievoorstel moet goedkeuren, beschikbaar te zijn. Artikel 5 biedt tevens de mogelijkheid dat één of meer onafhankelijke deskundigen die daartoe op gezamenlijk verzoek van de bij de fusie betrokken vennootschappen zijn aangewezen door een rechterlijke of administratieve instantie in de lidstaat waaronder een van de fuserende vennootschappen of de toekomstige vennootschap ressorteert, een voor alle deelgerechtigden bestemd verslag opstellen. Indien onder het huidige Nederlandse recht fuserende naamloze vennootschappen dezelfde persoon als deskundige willen aanwijzen, hebben zij daartoe toestemming nodig

van de voorzitter van de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam.

Goedkeuring fusievoorstel

Artikel 6 van de Richtlijn vereist dat het fusievoorstel door de algemene vergadering wordt goedgekeurd. Na kennis te hebben genomen van het deskundigenverslag, dat overeenkomstig artikel 5 is opgesteld en beschikbaar is gemaakt, keurt de algemene vergadering van elke fuserende vennootschap het gemeenschappelijke fusievoorstel goed. Een vergelijkbare bepaling is eveneens van toepassing op binnenlandse fusies (art. 7 van de Derde Richtlijn betreffende binnenlandse fusies) en bij de oprichting van de Europese vennootschap door middel van een fusie (art. 23 van de Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap). Het artikel bepaalt voorts dat de algemene vergadering van elke fuserende vennootschap zich het recht kan voorbehouden de totstandkoming van de grensoverschrijdende fusie afhankelijk te stellen van haar uitdrukkelijke bekrachtiging van de vastgestelde regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers in de uit de fusie ontstane vennootschap.

Toezicht op de rechtmatigheid van de fusie

Artikel 7 en 8 van de Richtlijn verplichten de lidstaten tot het invoeren van een regeling ter zake van het toezicht op de rechtmatigheid van de fusie. Artikel 7 betreft het toezicht op elke fuserende vennootschap die onder de nationale wetgeving van de desbetreffende lidstaat ressorteert. Daartoe geeft de bevoegde instantie aan elke fuserende vennootschap die onder de nationale wetgeving ressorteert, een attest af waaruit afdoende blijkt dat de aan de fusie voorafgaande handelingen en formaliteiten correct zijn verricht. Artikel 8 betreft het toezicht op de rechtmatigheid van de fusie ter zake van de verwezenlijking van de fusie en, in voorkomend geval, de oprichting van een nieuwe uit de fusie ontstane vennootschap wanneer deze vennootschap onder de nationale wetgeving ressorteert. De bevoegde instantie vergewist zich er met name van dat de fuserende vennootschappen gemeenschappelijke fusievoorstellen van gelijke strekking hebben goedgekeurd en dat de regelingen met betrekking tot de medezeggenschap van werknemers zijn vastgesteld conform hetgeen daaromtrent in de Richtlijn is bepaald. Daartoe legt elke fuserende vennootschap het in artikel 7 bedoelde attest aan de bevoegde instanties over binnen een termijn van zes maanden na de afgifte ervan, samen met een afschrift van het gemeenschappelijke fusievoorstel dat door de algemene vergadering overeenkomstig artikel 6 is goedgekeurd.

Artikel 7 en 8 van de Richtlijn zijn gebaseerd op gelijksoortige principes betreffende het toezicht op de rechtmatigheid van de fusie zoals voorzien in de Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap.

Datum waarop de fusie van kracht wordt

Artikel 9 betreft de datum waarop de grensoverschrijdende fusie van kracht wordt. De wetgeving van de lidstaat waaronder de uit de fusie ontstane vennootschap valt, bepaalt op welke datum de fusie van kracht wordt in geval van een fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap. In geval van een fusie door overneming bepaalt de wetgeving van de overnemende vennootschap op welke datum de fusie van kracht wordt. De datum dat de fusie van kracht wordt, valt na de uitvoering van alle in artikel 8 bedoelde controles.

Bekendmaking van de fusie

De nationale wetgeving van elk van de lidstaten van de bij de fusie betrokken vennootschappen bepaalt de wijze waarop de betrokken lidstaten tot de bekendmaking van de verwezenlijking van de fusie moeten overgaan in het openbare register, waarbij elke fuserende vennootschap haar akten dient neer te leggen.

Rechtsgevolgen van de fusie

Artikel 11 betreft de rechtsgevolgen van de fusie en is gebaseerd op artikel 19 en 23 van de Derde Richtlijn betreffende binnenlandse fusies. De fusie door overneming respectievelijk de fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap heeft met ingang van de datum waarop een dergelijke fusie van kracht wordt, de volgende rechtsgevolgen:

1. het vermogen van elke overgenomen vennootschap, zowel de activa als de passiva, gaat onder algemene titel in zijn geheel over op de overnemende vennootschap respectievelijk de nieuwe vennootschap;
2. de deelgerechtigden van de overgenomen vennootschap respectievelijk de fuserende vennootschappen worden deelgerechtigden van de overnemende vennootschap respectievelijk de nieuwe vennootschap; en
3. de overgenomen vennootschap respectievelijk de fuserende vennootschappen houden op te bestaan.

Nietigheid van de fusie

Artikel 12 van de Richtlijn is gebaseerd op artikel 29 van de Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap. Krachtens artikel 12 is het na de datum waarop de fusie van kracht wordt, niet langer mogelijk om de nietigheid van de fusie uit te spreken. Het doel hiervan is om de rechtszekerheid voor derden in de verschillende lidstaten te waarborgen. Het zou uit het oogpunt van de rechtszekerheid ongewenst zijn om, nadat alle controles op de rechtmatigheid van de fusie in de betreffende lidstaten hebben plaatsgevonden, geconfronteerd te worden met de nietigheid hiervan.

Vereenvoudigde procedure

Artikel 13 voorziet in de mogelijkheid van een vereenvoudigde procedure indien een fusie wordt verwezenlijkt via overneming door een vennootschap die houdster is van alle respectievelijk 90% van alle bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal waaraan stemrechten in de algemene vergadering van de andere vennootschap verbonden zijn.

Medezeggenschapsrechten werknemers

De Richtlijn bevat een afzonderlijke regeling, vervat in artikel 14, met betrekking tot de toepasselijkheid van regelgeving inzake medezeggenschapsrechten van werknemers bij grensoverschrijdende fusies.

Er zijn verschillende situaties te onderscheiden. Ten eerste de situatie waarin geen van de bij de fusie betrokken vennootschappen onderworpen is aan regels op het gebied van de medezeggenschap van werknemers. In deze situatie is de regeling van artikel 14 niet van toepassing en is het nationale recht van de uit de fusie ontstane vennootschap van toepassing.

Voorts is de situatie denkbaar waarin alle bij de fusie betrokken vennootschappen (ook de uit de fusie ontstane vennootschap) zijn onderworpen aan verschillende regels inzake medezeggenschapsrechten van werknemers. In een dergelijke situatie is de regel van artikel 14 ook niet van toepassing. De fuserende vennootschappen kunnen er in dat geval voor kiezen de uit de fusie ontstane vennootschap op te richten in een lidstaat waar de (verplichte) regeling inzake de medezeggenschapsrechten van werknemers niet gelijkwaardig is aan de strengste medezeggenschapsregeling van een van de fuserende vennootschappen.

Ten slotte is de situatie te onderscheiden waarop de regeling van artikel 14 ziet. In deze situatie is ten minste één van de bij de fusie betrokken vennootschappen onderworpen aan nationale wetgeving op het gebied van de medezeggenschap van werknemers, maar legt de nationale wetgeving die op de uit de fusie ontstane vennootschap van toepassing is, geen regels op met betrekking tot medezeggenschapsrechten van werknemers. In dat geval moet ingevolge artikel 14 gebruik worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure die is vastgelegd in de Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap en de aanvullende richtlijn betreffende de rol van werknemers.

Gelet op de drie hiervoor beschreven situaties kan worden geconcludeerd dat de Richtlijn geen rechten met betrekking tot medezeggenschap voor werknemers in het leven roept die niet bestonden vóór het totstandkomen van de grensoverschrijdende fusie. Uit de tweede situatie, waarin alle vennootschappen medezeggenschapsrechten voor werknemers kennen, kan zelfs worden geconcludeerd dat het bereik van de medezeggenschapsrechten door het totstandkomen van de fusie mogelijk verkleind wordt. Immers, de fuserende vennootschappen kunnen ervoor kiezen de vennootschap op te richten in een lidstaat waarin de medezeggenschapsrechten het minst verstrekkend zijn. Daar doet niet aan af dat de Wet op de ondernemingsraden, en derhalve de daaruit voortvloeiende regels op het gebied van de medezeggenschap van werknemers, van toepassing zijn zodra in Nederland een onderneming in stand wordt gehouden. Ongeacht het feit of de bij de fusie betrokken vennoot-

schappen ervoor kiezen de uit de fusie ontstane vennootschap op te richten in een lidstaat waar de regels op het gebied van de medezeggenschap van werknemers het minst verstrekkend zijn, blijven de regels van de Wet op de ondernemingsraden van toepassing op een vestiging die in Nederland een onderneming instandhoudt.

Conclusie

Onder het huidige Nederlandse recht is het voor vennootschappen niet mogelijk een grensoverschrijdende fusie aan te gaan. Na implementatie van de Richtlijn zullen grensoverschrijdende fusies naar Nederlands recht evenwel mogelijk zijn. De Richtlijn is gebaseerd op de algemene regel dat vennootschappen die betrokken zijn bij een grensoverschrijdende fusie, in beginsel zijn onderworpen aan de nationale wetgeving waaronder zij ressorteren. De Richtlijn voorziet bijvoorbeeld niet in een afzonderlijke beschermingsregeling voor schuldeisers. De bescherming die schuldeisers uit hoofde van het nationale recht genieten, blijft derhalve behouden. Tegelijkertijd voorziet de Richtlijn in harmoniserende procedureregels voor grensoverschrijdende fusies. Een groot aantal bepalingen van de Richtlijn is gebaseerd op corresponderende bepalingen van de Derde Richtlijn betreffende binnenlandse fusies voor naamloze vennootschappen, de Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap en de aanvullende richtlijn betreffende de rol van werknemers. Echter, waar het grensoverschrijdende karakter van de fusie een andere aanpak noodzakelijk maakt, is de Richtlijn dienovereenkomstig aangepast en geactualiseerd.

*Mr. Y.C.E. Wiersma
Stibbe*
