

Reactie

Auteur: Prof. mr. D.F.M.M. Zaman , Bijzonder hoogleraar Notarieel Ondernemingsrecht, Universiteit Utrecht en notaris te Rotterdam. (niek.zaman@loyensloeff.com); Mr. G.C. van Eck , Notaris te Rotterdam. (gerco.van.eck@loyensloeff.com); Mr. E.R. Roelofs , Docent en promovendus Universiteit Utrecht. (e.r.roelofs@hetnet.nl)

Rubriek: Artikel

Publicatie: WPNR Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Editie: 2011, 6903

Publicatiedatum: 22-10-2011

Uitgever: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Reactie op ‘Juridische fusies en splitsingen “zonder effecten”’, van mr. J.D.M. Schoonbrood en prof. mr. M. van Olfen in WPNR (2011) 6873

1. Inleiding

Met belangstelling hebben wij kennis genomen van het interessante artikel van J.D.M. Schoonbrood en M. van Olfen, getiteld ‘Juridische fusies en splitsingen “zonder effecten”’.¹ Schoonbrood en Van Olfen bespreken in hun bijdrage de mogelijke non-existentie van juridische fusies en juridische splitsingen. Non-existentie zou volgens hen bestaan naast de mogelijkheid van vernietiging van fusies en splitsingen op basis van art. 2:323 BW en art. 2:334u BW. Daarbij merken wij op dat, krachtens de wet (gebaseerd op de 10e EG-Richtlijn), vernietiging van grensoverschrijdende fusies (art. 2:333l BW) niet mogelijk is.

Schoonbrood en Van Olfen zijn van mening dat fusies of splitsingen non-existent kunnen zijn indien de fusie en splitsing ‘wel de kenmerken van die rechtshandelingen vertonen, maar toch niet een fusie of splitsing zijn omdat ten minste een van de essentialia van de rechtshandeling ontbreekt,² ook al is er een voetverklaring van de notaris in de zin van art. 2:318 lid 2 en 2:334n lid 2 BW’. In hun bijdrage hanteren Schoonbrood en Van Olfen afwisselend de termen ‘essentialia’, ‘essentiële vereisten’, ‘essentiële kenmerken’ en ‘wezenskenmerken’. Het gebruik van deze verschillende termen maakt niet altijd even duidelijk wat nu precies bedoeld is. Wij gaan er echter van uit dat met het hanteren van deze verschillende termen geen inhoudelijk onderscheid beoogd is.

Wij verschillen van opvatting met Schoonbrood en Van Olfen. Wij verwerpen de gedachte van non-existentie van fusies en splitsingen. Zie daarover onze eerdere publicaties over dit onderwerp.³ Wel benadrukken wij dat de notariële voetverklaring ook in onze ogen niet kan worden gezien als absolutie (en de notaris dus ook niet als biechtvader). Het recht is geen ultieme waarheid en wij hebben met onze eerdere bijdragen alleen getracht de (notariële) praktijk een steun in de rug te bieden en een bijdrage te leveren aan de rechtsvinding, mede vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en mede indachtig wat de wetgever, zowel op nationaal als op Europees niveau, naar onze mening heeft beoogd.

In deze reactie zullen wij onze mening uiteenzetten ten aanzien van de visie van Schoonbrood en Van Olfen over non-existente fusies en splitsingen. Wij zullen daarbij ingaan op de essentiële kenmerken van fusie en splitsing (par. 2), het ontbreken van verschil tussen non-existentie en nietigheid (par. 3), de mogelijkheid tot vernietiging (par. 4) en de kenbaarheid van de essentiële kenmerken van fusie en splitsing (par. 5). In par. 6 zullen wij enkele gevolgen van non-existentie behandelen. In par. 7 wordt aandacht besteed aan de rol van de rechtszekerheid en in par. 8 aan de onderschatte rol van de notariële voetverklaring. Ten slotte volgt in par. 9 onze conclusie.

2. Essentiële kenmerken van fusie en splitsing

Schoonbrood en Van Olfen onderscheiden een aantal ‘wezenskenmerken’ van fusie en splitsing en toucheren daarmee tevens de ‘vermeende’ eis van structuurwijziging (die blijkt immers niet uit de wet) bij splitsing. Voorts onderscheiden zij categorieën van algemene en incidentele uitzonderingen op de hoofdregels van toekenning van aandelen zoals die gelden bij fusie en splitsing.⁴ Indien niet is voldaan aan een essentieel kenmerk van fusie en splitsing, concluderen zij in bepaalde gevallen wel en in andere gevallen niet tot non-existentie van fusie en splitsing. Zij kennen een grote rol toe aan bepaalde uitlatingen in de parlementaire geschiedenis, maar lijken

minder belang te hechten aan de Europese context van één en ander.⁵ Argumenten als rechtszekerheid achten zij - kennelijk - in ieder geval niet van doorslaggevende betekenis. Naar onze mening hebben zij onvoldoende oog voor de consequenties van non-existentie.

Waar zijn wij het wel eens? Met Schoonbrood en Van Olffen zijn wij van mening dat er een aantal essentiële kenmerken bij fusie en splitsing kan worden onderscheiden, zoals immers iedere rechtsfiguur haar eigen essentiële (materiële en formele) kenmerken heeft. Wij kunnen ons - een enkele uitzondering daargelaten - wel vinden in de door Schoonbrood en Van Olffen beschreven opsomming van essentiële kenmerken van fusie en splitsing. Echter, het gevolg dat zij verbinden aan het niet voldoen aan die specifieke essentiële kenmerken, namelijk: non-existentie, delen wij niet.

3. Geen onderscheid tussen non-existentie en nietigheid

Schoonbrood en Van Olffen merken terecht op dat de wetgever bij fusie en splitsing de van rechtswege intredende nietigheid bewust rigoureuus heeft teruggedrongen en dat beroep op vernietiging van fusies en splitsingen slechts in een limitatief aantal gevallen en binnen een beperkte termijn kan worden gevorderd.⁶ Zij menen dat niettemin daarnaast sprake kan zijn van non-existentie van fusies en splitsingen. Waarop zij dit specifieke rechtsgevolg van non-existentie baseren, is ons onduidelijk. De basis voor die rol is niet te vinden in de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de fusiewetgeving, niet in die bij de splitsingswetgeving, niet in de rechtspraak en evenmin in de Europese richtlijnen die ten grondslag liggen aan deze regelingen.⁷

Bij beantwoording van de vraag of non-existentie van fusie en splitsing zich zou kunnen voordoen, moet eerst de basis van de wetgeving betreffende fusie en splitsing geanalyseerd worden. Voor fusie is die te vinden in de Derde richtlijn,⁸ voor splitsing in de Zesde richtlijn⁹ en voor grensoverschrijdende fusie in de Tiende richtlijn.¹⁰ De Europese wetgever heeft in de considerans bij de Derde richtlijn overwogen dat 'om de rechtszekerheid in de betrekkingen tussen de betreffende vennootschappen, tussen dezen en derden, alsook tussen de aandeelhouders te waarborgen, de gevallen van nietigheid moeten worden beperkt, waarbij enerzijds moet worden uitgegaan van het beginsel dat gebreken zoveel mogelijk worden hersteld, en anderzijds voor het invoeren van nietigheid een korte termijn moet worden gesteld'. Eenzelfde overweging is opgenomen in de considerans bij de Zesde richtlijn. De Tiende richtlijn gaat nog verder. In overweging 8 van de considerans van de Tiende richtlijn wordt overwogen dat 'om de rechtszekerheid te waarborgen, moet worden ver boden dat een grensoverschrijdende fusie nietig kan worden verklaard nadat zij van kracht is geworden'.

Deze Europese overwegingen hebben geleid tot een limitatieve opsomming van vernietigingsgronden voor fusies en splitsingen in onze nationale wetgeving en, op basis van de Tiende richtlijn, tot de wettelijke uitsluiting van de mogelijkheid tot vernietiging van een grensoverschrijdende fusie.¹¹ Het hoeft geen betoog dat met de bepalingen uit voornoemde richtlijnen en de overwegingen uit de considerans bij die richtlijnen de Europese wetgever een rechtszeker kader heeft willen scheppen waarbinnen fusies en splitsingen óf geldig zijn óf voor vernietiging vatbaar zijn. Het aanvaarden van non-existentie bij fusie en splitsing zou een grote onzekerheid met zich brengen en als de Europese wetgever de mogelijkheid tot non-existentie had willen invoeren, dan had dat moeten gebeuren via de genoemde richtlijnen. Uit niets blijkt echter dat de Europese wetgever een rol heeft willen toedelen aan non-existentie bij (grensoverschrijdende) fusie en splitsing.

Bovendien is het de vraag wat het (juridische) begrip 'non-existentie' nu eigenlijk betekent en of het onderscheid tussen non-existentie en nietigheid niet heel gering is. Zoals te lezen is in Asser/Hartkamp & Sieburgh, wordt de idee van non-existentie verworpen, mede omdat non-existentie 'geen duidelijkheid geeft en non-existentie afhangt van de vraag welke elementen van een rechtshandeling als essentieel worden beschouwd'.¹²

Bovendien zijn aan het onderscheid tussen nietigheid en non-existentie geen rechtsgevolgen verbonden en zijn de wettelijke bepalingen die over nietigheid spreken, ook op non-existentie van toepassing.¹³ Kortom: non-existentie als begrip komt niet in de wet voor en om die reden is het zuiverder de term 'nietigheid' te gebruiken in plaats van non-existentie. Juist de nietigheid van fusie en splitsing heeft zowel de Europese als de nationale wetgever rigoureuus willen terugdringen. Het zou dan wel heel vreemd zijn indien de supranationale en de nationale wetgever non-existentie zouden aanvaarden voor fusie en splitsing (die wat betreft rechtsgevolgen gelijk zijn aan nietigheid), terwijl nietigheid juist ongewenst wordt geacht. Ook in de Duitse literatuur gaat men uit van de onmogelijkheid van nietigheid en non-existentie.¹⁴ In ons onderzoek naar andere buitenlandse literatuur over dit onderwerp hebben wij geen aanwijzingen kunnen vinden voor het elders bestaan van non-existentie van

fusies en splitsingen als categorie naast nietigheid.

4. Nietigheid en vernietiging

4.1. Rechtshandeling is geen fusie of splitsing

Hoewel wij, zoals hiervoor aangegeven, de gedachte van non-existente fusies en splitsingen van Schoonbrood en Van Olffen niet kunnen onderschrijven, zijn wij wel van mening dat denkbaar is dat rechtshandelingen die als juridische fusies of splitsingen worden aangeduid, maar niet vallen onder de definities van fusie (art. 2:309 BW), splitsing (art. 2:334a BW) en grensoverschrijdende fusie (art. 2:333b BW) en derhalve geen (grensoverschrijdende) fusie of splitsing zijn. De rechtshandeling van fusie of splitsing is dan mogelijk wel nietig, maar dit betekent niet dat zij niet bestaat. De rechtsgevolgen daarvan zijn alleen anders dan beoogd.

Valt een rechtshandeling niet onder de wettelijke definitie van (grensoverschrijdende) fusie of splitsing, dan is er geen sprake van een fusie of splitsing, maar van een (al dan niet via conversie) andere rechtshandeling, zoals bijvoorbeeld een koop of ruil. Indien er in zo een geval een notariële voetverklaring is afgegeven, dan is deze ook in onze opvatting ten onrechte afgegeven. Er is dan geen sprake van een notariële voetverklaring in de zin van art. 2:318 lid 2 BW of art. 2:334n lid 2 BW. De afgifte van deze 'voetverklaring' heeft in dit geval geen 'helende' of 'zalvende' werking en door de afgifte van deze verklaring worden de vereiste elementen als bedoeld in de wettelijke definities niet opgeheven.

4.2. Fusie of splitsing vertoont gebreken (binnen zes maanden)

Valt een rechtshandeling wel onder de definitie van (een nationale) fusie of splitsing en is er bovendien een notariële voetverklaring afgegeven, maar de fusie of splitsing vertoont andere specifieke in de wet genoemde gebreken, dan kan de rechter gedurende zes maanden na de neerlegging van de akte van fusie/splitsing de fusie/splitsing vernietigen of de gelegenheid geven deze gebreken te herstellen op basis van art. 2:323 BW of art. 2:334u BW. Een grensoverschrijdende fusie kan niet worden vernietigd (art. 2:333l BW).

4.3. Fusie of splitsing vertoont gebreken (na zes maanden)

Indien een nationale fusie of splitsing een gebrek vertoont, maar niet is vernietigd, is de fusie of splitsing na verloop van zes maanden na de neerlegging van de akte van fusie of splitsing niet meer voor vernietiging vatbaar. Ook al zou voldaan zijn aan één van de vernietigingsgronden als bedoeld in art. 2:323 BW en 2:334u BW, dan is de fusie of splitsing daarna onaantastbaar. De voetverklaring van de notaris heeft in dit geval in zoverre een 'helende werking' en na verloop van deze zes maanden is de fusie of splitsing (ook al kleven er bepaalde gebreken aan) geldig.

4.4. Vernietiging in plaats van non-existent

Zoals wij in paragraaf 3 reeds constateerden, hechten wij geen waarde aan het begrip non-existent, wel aan vernietiging. De vernietigingsgronden als genoemd in art. 2:323 BW en art. 2:334u BW zijn ruimer dan zij wellicht op het eerste gezicht lijken.¹⁵ Op basis van art. 2:323 lid 1 sub c BW kan een fusie vernietigd worden wegens (i) nietigheid, (ii) het niet van kracht zijn of (iii) een grond tot vernietiging van een voor de fusie vereist besluit van de algemene vergadering, of in een stichting, van het bestuur. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor splitsing (art. 2:334u lid 1 sub c BW). Een besluit tot fusie of splitsing dat is genomen in strijd met een wettelijke bepaling is nietig op basis van art. 2:14 BW. Besluiten kunnen niet nietig zijn op basis van niet in de wet opgenomen, al dan niet 'essentiële' vereisten. Dat zou de rechtszekerheid niet ten goede komen. Het niet voldoen aan een, al dan niet essentieel, wettelijk vereiste levert in onze visie geen non-existent op, maar indien het besluit nietig is levert dat een vernietigingsgrond op voor de rechtshandeling van fusie of splitsing. De op het eerste gezicht beperkte gevallen van vernietiging zijn dus ruim genoeg.

5. De kenbaarheid van de essentiële kenmerken van fusie en splitsing

Ook al menen wij dat non-existent van fusies of splitsingen niet aan de orde is, leek het ons wel zinvol in te gaan op de gronden die non-existent zouden opleveren en met name de kenbaarheid van die gronden.

Bij het aannemen van non-existent op basis van het niet-voldaan zijn aan essentiële kenmerken is naar onze mening de voorwaarde dat voor iedereen - ook voor niet-juristen - duidelijk kenbaar is - krachtens een wettelijke bepaling - wat die essentiële kenmerken zijn en dat over de reikwijdte van de uitzonderingen daarop geen discussie bestaat c.q. dat die niet voor meerdere uitleg vatbaar zijn en/of naar de letter toepassing kunnen vinden en dat, indien een fusie of splitsing niet voldoet aan een essentieel kenmerk, daaraan bij wet de consequentie van non-existent is verbonden. Hiervan is naar de huidige stand van de wetgeving geen sprake.¹⁶

Daarnaast bieden noch de Derde, Zesde of Tiende richtlijn, noch de parlementaire geschiedenis van titel 2.7 BW uitsluitend over wat essentiële kenmerken zijn. De opsomming van essentiële kenmerken in de doctrine blijft beperkt tot een enuntiatieve. Daarop is niet zoiets vergaands te baseren als non-existentie.

De bedoeling van de (Europese) wetgever is om de gevallen van nietigheid en vernietigbaarheid bij fusie en splitsing te beperken tot een minimum en niet een ander soort 'ongeldigheid' in het leven te roepen in de vorm van non-existentie. Rechtszekerheid stond immers bij het ontwerp van de Derde, Zesde en Tiende richtlijn voorop. Het kan gezien het harmoniserende karakter van Europese richtlijnen niet zo zijn dat iets met zulke verstrekkende gevolgen, zoals non-existentie, zonder wettelijke grondslag bestaat of dat lidstaten zelf naar believen een begrip als non-existentie kunnen introduceren. Lidstaten hebben - gezien het dwingende karakter van de Derde, Zesde en Tiende richtlijn - op dit vlak naar onze mening niet de bevoegdheid zelf een extra nietigheidsgrond als non-existentie te introduceren in de nationale wetgeving. Zelfs al zouden lidstaten die bevoegdheid wel hebben, dan zou een dergelijke introductie in ieder geval op een duidelijk kenbare wijze in de wet moeten geschieden. Een dergelijke bevoegdheid kunnen de lidsta ten in ieder geval niet over laten aan de doctrine.

Een voorbeeld wat door Schoonbrood en Van Olfen als essentieel vereiste wordt gekarakteriseerd, is het vereiste van structuurwijziging bij juridische splitsing.¹⁷ Het vereiste van structuurw ieziging blijkt niet uit de wet. De wetgever noemde de eis van structuurwijziging in de memorie van toelichting slechts ter verduidelijking van de destijds nieuwe regeling. Uit de Nota naar aanleiding van het Verslag bij de splitsingswetgeving blijkt dat de term 'structuurwijziging' slechts door de minister is gebruikt ter verduidelijking van art. 2:334a BW en dus geen zelfstandige betekenis toekomt.¹⁸ Structuurwijziging is dus geen essentieel kenmerk van splitsing.

Schoonbrood en Van Olfen zijn minder streng bij overtreding van de bijbetalingsgrens van 10% van het nominale bedrag van de toegekende aandelen (art. 2:325 lid 2 BW en art. 2:334x lid 2 BW). Bij overtreding van de bijbetalingsgrens concluderen zij - voorzichtig - niet tot non-existentie, vanwege de 'oncontroleerbaarheid van de overschrijding van de bij betalinggrens van 10%'.¹⁹ Deze conclusie is niet geheel in lijn met hetgeen Schoonbrood en Van Olfen concluderen ten aanzien van het niet voldaan zijn aan - in hun ogen - andere essentiële kenmerken. Juist de bijbetaling van maximaal 10% van de nominale waarde van de toegekende aandelen zou als een essentieel kenmerk kunnen worden beschouwd, temeer daar de minister heeft opgemerkt dat de bijbetaling van 10% een grens trekt wat nog als fusie kan worden beschouwd en wat als koop moet worden beschouwd.²⁰ Bovendien volgt de grens van bijbetaling in geld van 10% van het nominale bedrag van de toegekende aandelen duidelijk uit de wet en de richtlijnen. Hoewel wij ook wel zien dat de overtreding van de bijbetalingsgrens moeilijk is te controleren, zeker wanneer, zoals Schoonbrood en Van Olfen terecht schrijven, bijbetaling geschiedt in de vorm van schuldvorderingen waaraan bepaalde voorwaarden zijn verbonden, lijkt de controle ons in ieder geval niet onmogelijk.

6. Enkele gevolgen van non-existentie

Neemt men (ten behoeve van de discussie) wel aan dat non-existentie zich kan voordoen bij het niet voldoen aan niet uit de wet blijkende essentiële kenmerken van fusie of splitsing, dan vragen wij ons af hoe dit in de praktijk zou uitwerken. Wij stippen kort vier situaties aan waaruit blijkt wat de gevolgen van non-existentie zouden kunnen zijn.

(i): Bij een fusie of splitsing wordt een nieuwe rechtspersoon opgericht op basis van art. 2:310 lid 2 BW of art. 2:334a lid 3 / 334b lid 2 BW. In een later stadium blijkt de fusie of splitsing non-existent te zijn. De vraag die hierbij rijst, is of de nieuw opgerichte rechtspersoon wel is opgericht. Met andere woorden: werkt de non-existentie van de fusie of splitsing zo ver door dat de rechtspersoon die ter gelegenheid van de fusie of splitsing werd opgericht, niet is opgericht? Wij zouden menen van niet. Ondanks dat de fusie of splitsing non-existent zou zijn - gesteld dat non-existentie al mogelijk is - is de rechtspersoon opgericht, omdat er sprake is van een door een notaris ondertekende akte (art. 2:4 lid 1 BW). Wanneer de visie van Schoonbrood en Van Olfen wordt doorgetrokken naar de fusie of splitsing waarbij een rechtspersoon wordt opgericht, zou dan de conclusie 'partiële non-existentie' van de fusie of splitsing zijn? De non-existentie raakt dan immers niet het gedeelte van de oprichting van de nieuwe rechtspersoon.

(ii): Bij een nationale fusie of splitsing gaan buitenlandse vermogensbestanddelen over. De fusie of splitsing blijkt non-existent te zijn. Werkt de non-existentie nu zo ver door dat ook die buitenlandse vermogensbestanddelen niet zijn overgegaan, terwijl men in het buitenland uitging van de geldigheid van de fusie of splitsing en men niet bekend is met de essentiële kenmerken van fusie of splitsing naar Nederlands recht? Wanneer de theorie van Schoonbrood en Van Olfen consequent wordt gehanteerd, zou dit laatste inderdaad het geval zijn. Wij menen dat non-existentie in dit geval ongewenste situaties in de hand werkt.

(iii): Bij een grensoverschrijdende fusie waarbij in de ene lidstaat de fusie voor non-existent wordt gehouden en in de andere lidstaat niet, zouden de gevolgen van non-existentie nog wel eens veelomvattender kunnen zijn dan bij een nationale fusie. Stel dat de grensoverschrijdende fusie in de lidstaat van de verdwijnende vennootschap voor non-existent wordt gehouden maar voor geldig in de lidstaat van de verkrijgende vennootschap, is dan het vermogen onder algemene titel overgegaan en zijn de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap aandeelhouder geworden van de verkrijgende vennootschap? En stel dat het omgekeerde het geval is, de grensoverschrijdende fusie wordt voor non-existent gehouden in de lidstaat van de verkrijgende vennootschap, maar voor geldig in de lidstaat van de verdwijnende vennootschap. Tot welke vennootschap behoort dan het vermogen dat voor de fusie tot de verdwijnende vennootschap behoorde? Het voert te ver voor deze reactie om alle consequenties van non-existentie te behandelen, maar het ontstaan van 'zwevende vermogensbestanddelen' heeft zowel de Europese als de nationale wetgever niet voor ogen gehad. De Europese wetgever kan niet de bedoeling hebben gehad deze situaties van non-existentie te laten ontstaan. Als zij die bedoeling wel hadden gehad, hadden zij dat moeten regelen in de daartoe opgestelde richtlijnen.

(iv): Non-existentie zou in de visie van Schoonbrood en Van Olfen tot gevolg hebben dat de fusie of splitsing nooit tot stand is gekomen. Daardoor kan er ook nooit sprake geweest zijn van een vermogensovergang. Het niet-overgegaane vermogen kan ook nooit op een andere wijze overgaan of overgedragen worden van de niet-verkrijgende vennootschap op een derde. Dit is een uitvloeisel van de *nemo plus-regel*. Indien non-existentie van fusies of splitsingen wordt aangenomen, moet hiermee niet alleen rekening gehouden worden met opvolgende fusies of splitsingen, maar ook bij iedere overdracht die daarna volgt.

7. Rechtszekerheid voor alles, maar niet onbeperkt

Schoonbrood en Van Olfen menen dat rechtszekerheid als argument tegen non-existentie een opportunistisch argument is, omdat het voorbij gaat aan het feit dat de rechtszekerheid er ook niet mee is gebaat indien geen belang wordt gehecht aan de essentiële kenmerken van dergelijke rechtshandelingen (fusie en splitsing, toevoeging auteurs).²¹ Wat daar ook van zij, het argument van rechtszekerheid vóór een bij wet beperkte vernietigingsmogelijkheid van fusie of splitsing en tegen non-existentie van fusie en splitsing is nog altijd minder opportunistisch dan het aannemen van non-existentie op basis van het nietvoldoen aan essentiële kenmerken die niet voor iedereen kenbaar zijn en waaraan de wet niet de sanctie van non-existentie verbindt. Kan en wil een (opportunistische) notaris, die met zijn titelrecherche bij overdracht van aandelen of registergoederen stuit op een voorgaande fusie of splitsing, wel steeds onderzoeken of voldaan is aan alle essentiële kenmerken van die fusie of splitsing?

Bovendien blijkt het ook nog eens dat Schoonbrood en Van Olfen niet aan alle essentiële kenmerken hetzelfde gewicht toekennen. Het ene door hen omschreven essentiële kenmerk lijkt zwaarder te wegen dan het andere en indien niet is voldaan aan een kennelijk 'lichter' essentieel kenmerk - zoals de overschrijding van de bijbetalinggrens van 10% -, heeft dat volgens hun niet per se non-existentie tot gevolg.²² Wij hebben al geconstateerd dat deze benadering inconsequent is,²³ maar ook leidt dit nog eens tot extra rechtsonzekerheid, want het is al niet geheel duidelijk wat essentiële kenmerken zijn en dit wordt nog eens versterkt als die essentiële kenmerken een verschillend gewicht krijgen. Daarnaast roept dit bij ons nog de vraag op of een essentieel kenmerk waaraan weinig of minder belang wordt gehecht, wel kan worden gekenmerkt als een essentieel kenmerk in de visie van Schoonbrood en Van Olfen, of dat er toch sprake is van een ander gebrek in het fusie- of splitsingsproces, dat niet leidt tot non-existentie of vernietigbaarheid (zie hiervoor het onderscheid in par. 4.1). Als er toch nog sprake is van een essentieel kenmerk in dit geval, zijn de rechtsgevolgen van het nietvoldoen aan essentiële kenmerken - namelijk (volgens Schoonbrood en Van Olfen): non-existentie - ook nog eens niet altijd dezelfde.

8. De - onderschatte - rol van de notariële voetverklaring

Schoonbrood en Van Olfen menen dat de notariële voetverklaring geen gebreken kan helen bij - in hun ogen - non-existente fusies en splitsingen. Een fusie of splitsing die non-existent is, bestaat in hun visie niet en heeft ook nooit bestaan. Ten aanzien van non-existente fusies en splitsingen kan de vraag worden gesteld of de

notaris wel de voetverklaring heeft afgegeven of had moeten afgeven. Er was toch immers helemaal geen sprake van een fusie of splitsing, omdat deze non-existent was? De notaris heeft derhalve wel een verklaring afgegeven, maar geen voetverklaring in de zin van art. 2:318 lid 2 BW of art. 2:334n lid 2 BW. Misschien zijn de gevallen van non-existente fusies en splitsingen die Schoonbrood en Van Olffen schetsen nog zeldzamer dan in werkelijkheid, aangezien wij ons geen goed notaris kunnen voorstellen die een verklaring afgeeft voor iets wat non-existent is, zeker als de enge definities van fusie en splitsing, zoals opgenomen in de relevante wettelijke bepalingen, worden gehanteerd. De wetgever ging er immers van uit dat de verplichte inschakeling van de notaris in het algemeen voorkomt dat aan een splitsing - of fusie, toevoeging auteurs - gebreken kleven.²⁴

Een additioneel bezwaar dat wij zien is dat bij een vernietiging van een fusie of splitsing de rechter duidelijkheid creëert en dat de non-existentie niet noodzakelijkerwijs door een rechterlijke instantie wordt vastgesteld. Er kan dus in de visie van Schoonbrood en Van Olffen sprake zijn van non-existentie, terwijl niemand - zelfs niet de partijen bij de betreffende fusie - daarmee bekend is. De vernietigingsmogelijkheid eindigt bovendien na een korte termijn, maar een non-existente fusie of splitsing zou non-existent blijven tot in lengte der dagen. Hierdoor wordt wederom onzekerheid gecreëerd, zonder enige vorm van herstel, die naar onze mening alleen door de voetverklaring kan worden beëindigd.

9. Conclusie

Schoonbrood en Van Olffen schetsen in hun bijdrage de non-existentie van fusie en splitsing, die zich zou voordoen indien niet voldaan is aan essentiële kenmerken van fusie of splitsing. Wij plaatsen in dit kader onze vraagtekens bij het begrip 'non-existentie'. Het kan niet de bedoeling van de (Europese) wetgever zijn geweest naast de 'beperkte' vernietigbaarheid van nationale fusies en splitsingen en de onmogelijkheid van vernietiging van grensoverschrijdende fusies, een aparte soort 'nietigheidscategorie' in de vorm van non-existentie te introduceren. Dat kan ook niet de bedoeling geweest zijn van de Nederlandse wetgever en als dat wel het geval zou zijn geweest, dan is het nog maar de vraag of de Nederlandse wetgever niet contrair heeft gehandeld aan de richtlijnen die ten grondslag liggen aan (grensoverschrijdende) juridische fusie en splitsing. Mocht zoiets als non-existentie wel bestaan, dan is het volgens ons zuiverder te spreken van nietigheid. Echter, ook nietigheid is door zowel de supranationale als de nationale wetgever bewust teruggedrongen.

Hoewel wij ons in grote lijnen kunnen vinden in de door Schoonbrood en Van Olffen omschreven essentiële kenmerken van fusie en splitsing, delen wij niet het gevolg dat zij verbinden aan het niet voldaan zijn aan die kenmerken. Ons grootste bezwaar hiertegen is dat de essentiële kenmerken niet voldoende duidelijk blijken uit de wet en niet voor iedereen voldoende kenbaar zijn en dat de wet en richtlijnen niet het gevolg van non-existentie heeft verbonden aan het niet voldaan zijn aan die essentiële kenmerken.

Omdat non-existentie als zodanig niet bestaat, is een rechtshandeling die valt binnen de enge definitie van (grensoverschrijdende) fusie of splitsing geldig, de notariële voetverklaring heeft in dezen een helende werking. Dat is nu juist de belangrijke taak die de notaris door de wetgever heeft toebedeeld gekregen. Uiteraard ontdoet dit de notaris niet van zijn onderzoeksplicht! Voor eventuele gebreken in het fusie- of splitsingsproces bestaat het instrument van vernietiging. Indien partijen bij een fusie of splitsing schade hebben geleden ten gevolge van gebreken in het fusie- of splitsingsproces, en de termijn waarbinnen vernietiging kan worden gevorderd is ten einde, kan de notaris die de voetverklaring heeft afgegeven aansprakelijk worden gesteld voor geleden schade.

Naar onze mening blijft de voetverklaring van grote - en veelal doorslaggevende - betekenis. We beseffen ons terdege dat we hiermee wellicht als opportunistisch kunnen worden aangeduid, maar de rechtszekerheid is naar onze mening toch ook wel een groot goed.

Voetnoten

1. J.D.M. Schoonbrood en M. van Olffen, 'Juridische fusies en splitsingen "zonder effecten"', WPNR 2011/6873, p. 104-111.
2. J.D.M. Schoonbrood en M. van Olffen, t.a.p., p. 104.
3. D.F.M.M. Zaman, 'Meer rechtszekerheid zonder risico van nietige en non-existente fusies en splitsingen', WPNR 2009/6812, p. 734-744 en D.F.M.M. Zaman, G.C. van Eck en E.R. Roelofs, 'Nationale en grensoverschrijdende juridische fusie en juridische splitsing van kapitaalvennootschappen. Een praktische civielrechtelijke analyse', 's-Gravenhage 2009, p. 82-87.
4. J.D.M. Schoonbrood en M. van Olffen, t.a.p., p. 106.
5. Voor enige relativisering van de betekenis van de parlementaire geschiedenis voor de uitleg van de wet wordt verwezen naar W. Sniijders, 'Parlementaire geschiedenis: zin en onzin', WPNR 2008/6774, p. 843-849.
6. J.D.M. Schoonbrood en M. van Olffen, t.a.p., p. 104.
7. Zie ten aanzien van nietigheid: M. van Olffen, 'Is een vereenvoudigde aandeelhoudersplitsing mogelijk?', in: WPNR 2007/6712, p. 507 en ten aanzien van splitsing en nietigheid: Kamerstukken II 1995 - 1996, 24 702, nr. B, p. 8 en noot 4 in deze bijdrage.
8. Richtlijn 1978/855/EEG.
9. Richtlijn 1982/891/EEG.

10. Richtlijn 2005/56/EG.

11. Het voert te ver om in deze reactie een uitgebreide beschouwing te geven van de beperkte - bij nationale fusie en splitsing - of afwezige - bij grensoverschrijdende fusie - nulliteiten.

12. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, 2010/610.

13. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, 2010/611.

14. D. Beutel, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, diss. Augsburg, Duitsland, München, Herbert Utz Verlag 2008, p. 220.

15. Schoonbrood en Van Olffen zien vernietiging van een fusie of splitsing als een verdedigbaar uitgangspunt bij overschrijding van de bijbetalingsgrens van 10%. Zie hierover: Schoonbrood en Van Olffen, t.a.p., p. 107.

16. Zie bijvoorbeeld de discussie in de literatuur ten aanzien van de reikwijdte van de vrijstellingen ten aanzien van het toekennen van aandelen in art. 2:334e BW. De wetsystematische uitleg van Van Solinge (G. van Solinge, *Ruziesplitsing, Con?icten rondom de rechtspersoon*, Serie monogra?eën van het Van der Heijden Instituut, deel 62, Deventer, Kluwer 2000), de uitleg van de verwijzing in lid 3 van art. 2:334e BW naar "voorts" door Schoonbrood en Van Olffen (zie J.D.M. Schoonbrood en M. van Olffen, t.a.p., p. 109 en 110), de introductie van het onderscheid tussen algemene of absolute uitzonderingen en incidentele uitzonderingen door P.J.

Dortmond, 'Enige beschouwingen rondom aandelen', deel 31, Monogra?eën vanwege het Van der Heijden Instituut, 1989, p. 93 en een meer Europeesrechtelijke uitleg door schrijvers dezes (D.F.M.M. Zaman, G.C. van Eck en E. R. Roelofs, t.a.p., p. 75 - 87).

17. J.M.D. Schoonbrood en M. van Olffen, t.a.p., p. 109.

18. Kamerstukken II 1996/1997, 24 702, nr. 6, p. 5.

19. J.M.D. Schoonbrood en M. van Olffen, t.a.p., p. 107, 108.

20. J.M.D. Schoonbrood en M. van Olffen, p. 107 en Dortmund, Enige beschouwingen rondom aandelen, p. 76 en Kamerstukken II, 1980/1981, 16 453, nr. 3, p. 5, 6.

21. J.D.M. Schoonbrood en M. van Olffen, t.a.p., p. 107.

22. J.D.M. Schoonbrood en M. van Olffen, t.a.p., p. 108.

23. J.D.M. Schoonbrood en G. Ruardij, t.a.p., p. 664. Hier leek Schoonbrood met Ruardij nog een andere positie in te nemen door te stellen dat de fusie of splitsing in beginsel geldig is, maar gedurende zes maanden kan worden vernietigd vanwege het ongeldige besluit, maar dat ook kan worden gesteld dat niet is voldaan aan één van de formele voorwaarden, zodat er sprake is van een nietige fusie of splitsing.

24. Kamerstukken II, 1995/1996, 24 702, nr. B, p. 7.