

Aan Ministerie van Justitie en Veiligheid
Van VDB Notarissen
Inzake Consultatie Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen

Waalre, 7 maart 2022.

Geachte heer/mevrouw,

Met veel belangstelling hebben wij kennis genomen van het Wetsvoorstel implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (wetsvoorstel). VDB Notarissen maakt graag gebruik van de geboden mogelijkheid om op het wetsvoorstel te reageren.

I. Algemeen

De richtlijn vereist dat de notaris toezicht houdt op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende verrichting en daartoe het pre-verrichting attest afgeeft. Onder het huidige recht heeft deze rechtmatigheidstoets een formeel karakter, de notaris toetst of de grensoverschrijdende fusie volgens de geldende procedure en formaliteiten is verlopen.¹ De richtlijn beoogt de rechtmatigheidstoets uit te breiden met een fraudetoets. Deze toets houdt in dat de notaris geen toestemming zal geven voor de grensoverschrijdende verrichting als vast komt te staan dat deze is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of (onrechtmatige) omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden. Op grond van het wetsvoorstel zou de notaris hierbij drie mogelijkheden hebben: afgifte van het pre-verrichting attest, weigering tot afgifte na geboden mogelijkheid aan de betrokken vennootschappen om alsnog aan de noodzakelijke voorwaarden te voldoen of het uitvoeren van een (diepgaand) onderzoek vanwege ernstige twijfels. Deze wijze van implementatie zou aansluiten bij de huidige rol van de notaris als poortwachter zoals voorzien in de Wet op het notarisambt en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.

II. Inhoud fraudetoets

Hoewel de fraudetoets uit de richtlijn hetzelfde doel dient als de poortwachtersrol op grond van de Wet op het notarisambt, dienen de voorgestelde wetsartikelen 2:333i, 2:334uu en 2:335l gezien te worden als een specificatie (lex specialis) van de algemene plicht op grond van het huidige recht.² Met de fraudetoets uit het wetsvoorstel lijkt de aard van de werkzaamheden voor het notariaat te worden gewijzigd. Thans verricht de notaris (verscherpt) cliëntenonderzoek en maakt hij melding van ongebruikelijke transacties alvorens hij kan verklaren dat de geldende procedure en formaliteiten zijn doorlopen. De controle vindt plaats 'aan de deur' alvorens de notaris overgaat tot het verrichten van zijn werkzaamheden. De fraudetoets uit het wetsvoorstel schrijft voor dat, indien de notaris niet is gebleken van enige onrechtmatigheid, hij verklaring doet van zijn bevindingen in het pre-verrichting attest. Ondanks dat het wetsvoorstel een toetsing van dezelfde zwaarte en omvang beoogt, gaan de werkzaamheden voor het notariaat hiermee veel verder dan die welke zij uit hoofde van de huidige notariële poortwachtersrol dient te verrichten.

¹ Art. 2:333i BW.

² Memorie van Toelichting Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen, 3.2.3.

III. Reikwijdte fraudetoets

In het wetsvoorstel wordt een niet limitatieve opsomming gegeven van de minimaal te overleggen documenten door de betrokken vennootschap(pen).³ In de toelichting wordt opgemerkt dat de notaris uit deze documenten kan beoordelen of de grensoverschrijdende verrichting voldoet aan de rechtmatigheidstoets.⁴ Deze rechtmatigheidstoets bestaat uit de formele toets (is de grensoverschrijdende verrichting verlopen volgens de geldende procedure en formaliteiten) en de fraudetoets. De formele toets past bij uitstek bij de rol van de notaris in de procedure van grensoverschrijdende verrichtingen. Voor wat betreft de fraudetoets is dit een aanzienlijke uitbreiding van de rol van de notaris ten aanzien van de rechtmatigheidstoets. Daarbij is het onduidelijk binnen welke kaders de notaris de fraudetoets moet/kan uitvoeren. Volstaat een verklaring van de notaris in het pre-verrichting attest dat uit de overgelegde documenten (niet) blijkt dat sprake is van onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of (onrechtmatige) omzeiling van Unie- of nationaal recht of voor criminele doeleinden? Of heeft de notaris een verdergaande inspanningsverplichting om meer documenten te verkrijgen totdat hij de volledige overtuiging heeft dat is voldaan aan de fraudetoets, en hoe ver dient hij hierbij te gaan? Uit de toelichting en de literatuur lijkt dit een omvangrijke toets te zijn ten aanzien van anti-misbruik in de ruimste zin van het woord en dit zal voor het notariaat niet te beoordelen zijn. Het notariaat is hiertoe niet uitgerust⁵ en moet hierop niet aangesproken kunnen worden. Het lijkt ons beter dat deze beoordeling ligt bij een instantie die daartoe wel is uitgerust.

De fraudetoets kan als onderdeel van het pre-verrichting attest een verwachting scheppen die het notariaat niet kan waarmaken. Het fraudepreventieve onderzoek van de notaris zal immers in diepte en omvang beperkt zijn tot de middelen die het notariaat thans ten dienste staan. De vraag dringt zich op of het niet meer voor de hand ligt een dergelijk onderzoek voorafgaand aan het afgeven van het attest door de notaris, te laten uitvoeren door een organisatie met uitgebreide opsporingsmiddelen, zoals bijvoorbeeld Dienst Justis van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, voorheen ook wel bekend als de 'verklaring van geen bezwaar'.

IV. Voorstel

Ons voorstel is om de verantwoordelijkheid (en uitvoering) voor de fraudetoets bij een instantie van de overheid te leggen, zoals Dienst Justis. In onze ogen past het in de rol van de notaris om voorafgaand aan het afgeven van het pre-verrichting attest ten behoeve van de fraudetoets een verklaring van geen bezwaar aan te vragen bij Dienst Justis en zonder deze verklaring niet over te gaan tot de formele toets en afgifte van het pre-verrichting attest.

Namens VDB Notarissen B.V.,

Evelien Kraaijveld (toegevoegd notaris)
Ingrid Nuijten (senior kandidaat-notaris)

³ Wetsvoorstel art. 2:333i lid 4, 2:334uu lid 4 en 2:335I lid 4.

⁴ Memorie van Toelichting Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen, art. 2:333i lid 4, 2:334uu lid 4 en 2:335I lid 4.

⁵ M.H. Baldee en J. Nijland, 'De Mobiliteitsrichtlijn en implementatie van deze richtlijn voor grensoverschrijdende verrichtingen', MvO 2020/8.3, par. 6.3; en Mr. Chr.M. Stokkermans, 'Notariële bemoeienis bij grensoverschrijdende structuurwijziging', WPNR 2021/7309.