

Van Doorne N.V.

Jachthavenweg 121
1081 KM Amsterdam
Postbus 75265
1070 AG Amsterdam
KvK Amsterdam 34199342

Arnout Stroeve
Notaris
stroeve@vandoorne.com
t 020 678 92 89
m 06 2293 4338

Ministerie van Veiligheid en Justitie
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

Datum 7 maart 2022
Inzake Consultatie voorontwerp grensoverschrijdende
omzettingen, fusies en splitsingen

Geachte dames, beste heren,

Van Doorne heeft met belangstelling kennis genomen van het voorontwerp van de wet tot implementatie van Richtlijn (EU) 2019/2121 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (de "**Richtlijn**"). Het is voor de rechtspraktijk verheugend dat Boek 2 een duidelijke en gestructureerde procedure zal bevatten voor grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen. Met name de procedure voor de grensoverschrijdende omzetting voorziet, naast de fusie, in een duidelijke behoefte van de praktijk, zoals blijkt uit het relatief grote aantal grensoverschrijdende omzettingen zoals in de afgelopen jaren hebben plaatsgevonden, ondanks het gebrek aan een formeel juridisch kader.

Omdat het voorontwerp de implementatie van een richtlijn betreft, is de ruimte voor consultatie uiteraard zeer beperkt. Daarnaast is in het voorontwerp een aantal keuzes gemaakt, die begrijpelijk zijn, en waar in deze brief dan ook niet verder op wordt ingegaan. Deze brief is daarom bewust zeer beperkt van opzet.

Een voor de praktijk belangrijke keuze bij de implementatie is dat in Nederland de notaris is aangewezen als de bevoegde instantie als bedoeld in artikel 86 quaterdecies van de Richtlijn. De keuze voor de notaris als de bevoegde instantie is begrijpelijk, omdat het notariaat al intensief betrokken is bij grensoverschrijdende bewegingen. Daar komt bij dat er ook geen betere alternatieven zijn.

De aanwijzing roept wel de vraag op of de notaris in een positie zal zijn om deze taak op zich te nemen, zonder dat sprake zal zijn van vertraging van het proces, en/of hogere kosten. Op dat onderwerp gaan wij hierna uitgebreid in.

Artikel 2:333i/2:334uu/2:335l BW

Op basis van de artikelen 127 en 127bis van de Richtlijn (met betrekking tot de grensoverschrijdende fusie) dient de bevoegde instantie in het kader van de rechtmatigheidstoetsing een tweetal verklaringen af te geven:

- (i) een formele toets; en
- (ii) een fraudetoets.

De formele toets is al opgenomen in artikel 2:333i BW. Deze toets wijzigt niet wezenlijk als gevolg van de implementatie van de Richtlijn.

De fraudetoets is nieuw. Deze is negatief geformuleerd, en houdt in dat de notaris het pre-fusie attest niet afgeeft "*indien de notaris bij de beoordeling van de afgifte van de verklaring ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende fusie is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden*".

De brede formulering van de fraudetoets roept de vraag op wat de scope van de "*beoordeling*" door de notaris precies inhoudt. Houdt dit een actieve onderzoekplicht in voor de notaris om vast te kunnen stellen of de grensoverschrijdende wellicht voldoet aan de fraudetoets?

Volgens de MvT (blz 12) sluit de fraudetoets aan bij de huidige rol van de notaris als poortwachter op basis van de Wet op het notarisambt. Kort gezegd dient de notaris zijn dienst te weigeren bij criminele, onrechtmatige of frauduleuze activiteiten. De MvT merkt daarbij geruststellend op dat de fraudetoets "*dezelfde zwaarte en omvang als de toetsing die de notaris thans bij een grensoverschrijdende verrichting verricht uit hoofde van zijn notariële poortwachtersrol*" heeft. Op pagina 39 van de MvT staat de fraudetoets van artikel 2:333i lid 7 "*gezien kan worden als een specificatie van de algemene plicht die de notaris onder huidig recht heeft op grond van artikel 21 van de Wet op het notarisambt (Wna)*" en dat "*de toetsing niet zwaarder of uitgebreider dan de huidige toets bij een grensoverschrijdende fusie*". Daarbij wordt nog opgemerkt dat de notaris toch al verplicht is om onderzoek te doen naar zijn cliënt ter voorkoming van witwassen of financiering van terrorisme.

Het is de vraag of de conclusie terecht is dat de reikwijdte van de fraudetoets niet breder is dan de huidige toets bij een grensoverschrijdende fusie. Niet alleen is de scope van de gevraagde fraudetoets heel breed, maar daarnaast zijn bepaalde onderdelen van de fraudetoets subjectief. Of sprake is van "*onrechtmatige doeleinden*" dient uiteindelijk door een rechter te worden bepaald. Ook het begrip "*omzeiling*" heeft geen vaste betekenis, en de vaststelling of hiervan sprake is kan dus subjectief zijn. Omdat dit een "principle based" regel is, is op zich begrijpelijk dat deze subjectieve afwegingen bevat. Deze subjectieve elementen laten zich echter niet eenvoudig combineren met een formele procedure voor een grensoverschrijdende beweging.

Het is essentieel voor de praktijk dat het normenkader bij het uitvoeren van de fraudetoets helder is, zodat gelijke gevallen gelijk worden behandeld, en zich geen onnodige vertraging voordoet, of onnodige kosten

worden gemaakt. Dit is temeer van belang nu de bezwaar termijn voor crediteuren relatief lang is. Wij roepen de wetgever dan ook op om in de MvT van het wetsontwerp expliciet te bevestigen dat de onderzoekplicht van de notaris beperkt is tot:

- de informatie ontvangen van de cliënt in het kader van de procedure; en
- de informatie die de notaris heeft verkregen bij het uitvoeren van zijn wettelijke verplichtingen uit hoofde van de rol van poortwachter. Dit betreft informatie die is verkregen in het kader van de KYC procedure van het kantoor, en informatie die is verkregen in het kader van de verplichtingen uit hoofde van de Wwft.

Het toetsingskader kan tevens in de wettekst worden verduidelijkt door aan lid 7 van artikel 333i toe te voegen dat de notaris zijn beoordeling baseert op de door de fuserende vennootschap aan te leveren informatie als bedoeld in lid 4 van hetzelfde artikel.

Wij geven twee tekstvoorstellen ter overweging:

"7. De notaris geeft de verklaring bedoeld in lid 3 niet af indien hij op basis van de in lid 4 bedoelde informatie vaststelt dat de grensoverschrijdende fusie is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden."

Of:

"7. De notaris geeft de verklaring bedoeld in lid 3 niet af indien hij vaststelt dat de grensoverschrijdende fusie is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden. De notaris beoordeelt de aanvraag tot afgifte van deze verklaring op basis van de in lid 4 bedoelde informatie".

Eerst als de notaris op basis van deze informatie "ernstige twijfels" heeft als bedoeld in artikel 2:333i lid 8, is de notaris in een positie (en kan deze onder omstandigheden zelfs verplicht zijn) om aanvullende informatie op te vragen, zoals omschreven in dat lid. Volledigheidshalve merken wij op dat de hierboven voorgestelde explicitering van de toetsing in het kader van de procedure onverlet laat de verplichtingen die de notaris heeft vanuit zijn rol als poortwachter, maar dit hoeft niet in de tekst van de wet te worden opgenomen.

Bij het inschakelen van een onafhankelijke deskundige dient te worden bedacht dat het verstrekken van informatie aan deze deskundige in strijd kan zijn met de geheimhoudingsplicht. Het inschakelen van een onafhankelijke deskundige zal dus veelal pas kunnen plaatsvinden na overleg met de cliënt. Verder stellen wij voor om in de wet expliciet op te nemen dat de kosten van het inschakelen van een onafhankelijke deskundige voor rekening komen van de fuserende vennootschappen. Indien de cliënt geen medewerking verleent aan dit aanvullende onderzoek zal de notaris zijn onderzoek niet kunnen afronden en aldus in de onmogelijkheid verkeren om de verklaring als bedoeld in lid 3 af te geven. In dat geval zal de notaris zijn ministerie moeten weigeren op grond van artikel 21 lid 2 Wna.

Het zou de rechtspraak in dit kader ook helpen als de MvT enige concrete voorbeelden geeft van situaties in welke de notaris op basis van de door hem ontvangen informatie redelijkerwijze ernstige twijfel zou moeten hebben dat de voorgenomen fusie is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden.

Daarnaast merken wij op dat het begrip 'fuserende vennootschap' wordt gehanteerd in de Richtlijn maar hier wordt concreet mee bedoeld de fuserende vennootschap met zetel in het land van vertrek. Wij geven daarom tevens in overweging om te verduidelijken dat met 'fuserende vennootschap' de *fuserende verdwijnende vennootschap(pen) met zetel in Nederland* wordt bedoeld. Deze definitie sluit beter aan bij de in Boek 2 gehanteerde begrippen als verdwijnende vennootschap, verkrijgende vennootschap en gezamenlijk als 'fuserende vennootschappen'.

Deze opmerkingen gelden mutatis mutandis ook voor de artikelen 2:334uu/2:335l BW.

Ten slotte vragen wij aandacht voor de positie van de houder van een pandrecht of vruchtgebruik op aandelen en de vermogensrechtelijke aspecten van deze beperkte rechten in geval van een grensoverschrijdende verrichting. Alhoewel dit onderwerp niet is opgenomen in de Richtlijn en dus in formele zin geen onderdeel hoeft te vormen van de implementatiewet vinden wij het desalniettemin in het belang van de rechtszekerheid aan te bevelen om dit onderwerp te adresseren in nationale wetgeving (uiteraard voor zover het grensoverschrijdende karakter dit toelaat).

Met vriendelijke groet,

Van Doorne N.V.
Arnout Stroeve/Maarten Appels