

PRAKTISCHE RICHTLIJNEN FRAUDETETOETS GRENSOVERSCHRIJDENDE OMZETTING, FUSIE EN SPLITSING

1. Inleiding

Op 12 juli 2023 is de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen ("**Wet**") gepubliceerd (wet van 28 juni 2023, Stb. 2023, 252, <https://www.officielebekendmakingen.nl/stb-2023-252.pdf>). De inwerkingtredingsdatum van de Wet is 1 september 2023 (Stb. 2023, 254, <https://www.officielebekendmakingen.nl/stb-2023-254.pdf>). De Wet dient ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen ("**Richtlijn**").

De Wet regelt onder meer een aan de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing voorafgaand attest (pre-verrichtingsattest) en een rechtmatigheidstoets waarvan een zogenoemde fraudetoets deel uitmaakt. Dit attest wordt afgegeven door de notaris. De bij grensoverschrijdende fusie reeds bestaande rechtmatigheidstoets door de notaris wordt uitgebreid met deze fraudetoets. Deze (uitgebreide) rechtmatigheidstoets wordt ook ingevoerd voor grensoverschrijdende splitsing en grensoverschrijdende omzetting.

De fraudetoets is opgenomen in artikel 2:333i leden 7 tot en met 9, artikel 2:334uu leden 7 tot en met 9 en artikel 2:335i lid 6 tot en met 8 van het Burgerlijk Wetboek ("**BW**"). De fraudetoets houdt in dat de notaris het pre-verrichtingsattest niet afgeeft wanneer hij vaststelt dat de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing 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. Indien de notaris bij de beoordeling van de afgifte van het pre-verrichtingsattest ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing 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, dient de notaris nader onderzoek uit te voeren.

De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie ("**KNB**") heeft op grond van het nieuwe artikel 21 lid 6 van de Wet op het notarisambt ("**Wna**") de bevoegdheid om een verordening op te stellen ten einde verdere invulling te geven aan het nader onderzoek dat plaats dient te vinden wanneer de notaris ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende verrichting 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. Blijkens de toelichting bij de Wet kan de KNB naast een verordening of in de plaats daarvan ook praktische richtlijnen geven voor dit nader onderzoek. In deze verordening of praktische richtlijnen kunnen onder meer richtlijnen worden gegeven over het uit te voeren onderzoek, over welke relevante feiten en omstandigheden bij het onderzoek in acht kunnen worden genomen en over wanneer en welke onafhankelijke deskundigen kunnen worden ingeschakeld.

Met dit document maakt de KNB gebruik van de geboden mogelijkheid om praktische richtlijnen te geven voor het nader onderzoek als bedoeld in artikel 2:333i lid 8 BW, artikel 2:334uu lid 8 BW en artikel 2:335i lid 7 BW. In dit document zijn enkele praktische richtlijnen opgenomen, waarbij ook het bredere kader van de fraudetoets op een rij is gezet. In de bijlage is de fraudetoets nader toegelicht met tekst uit de Richtlijn, de Wet en de toelichting bij de Wet.

Deze eerste versie van de praktische richtlijnen is tot stand gekomen in nauw overleg met de ter zake deskundige notariële praktijk. Aan de hand van praktijkervaringen met de nieuwe wettelijke regeling zullen de praktische richtlijnen indien nodig of wenselijk worden aangepast. Opmerkingen over en suggesties voor de praktische richtlijnen zijn welkom.

2. Praktische richtlijnen fraudetoets

2.1. Hoofdpijnen fraudetoets

1. Het pre-verrichtingsattest kan worden afgegeven indien de notaris geen aanleiding heeft om te veronderstellen dat de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden.
2. Afgifte van het pre-verrichtingsattest dient te worden geweigerd indien de notaris vaststelt dat de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden.
3. De fraudetoets sluit daarmee aan bij de huidige rol van de notaris als poortwachter en kan gezien worden als een specificatie van de algemene plicht die de notaris heeft op grond van artikel 21 lid 2 Wna. De fraudetoets heeft hetzelfde doel als de notariële poortwachtersrol, sluit aan bij de huidige taken van de notaris op grond van de Wna en is hierdoor niet zwaarder, uitgebreider en diepgaander dan de toets bij een grensoverschrijdende fusie voor invoering van de Wet.
4. De notaris dient op grond van artikel 2:333i lid 8 BW/artikel 2:334uu lid 8 BW/artikel 2:335I lid 7 BW nader onderzoek uit te voeren indien hij bij de beoordeling van de afgifte van het pre-verrichtingsattest ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden. In dat geval geeft de notaris het pre-verrichtingsattest vooralsnog niet af.
5. In het geval de notaris reeds op grond van artikel 2:333i lid 7 BW/artikel 2:334uu lid 7 BW/artikel 2:335I lid 6 BW vaststelt dat de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden, komt hij niet toe aan de toepassing van artikel 2:333i lid 8 BW/artikel 2:334uu lid 8 BW/artikel 2:335I lid 7 BW en weigert hij afgifte van het pre-verrichtingsattest.
6. In het kader van een grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing brengt de wetsgeschiedenis bij artikel 21 lid 2 Wna mee dat de notaris bij gerede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt het pre-verrichtingsattest vooralsnog niet afgeeft maar eerst nader onderzoek moet uitvoeren.
7. De artikelen 2:333i lid 8 BW, 2:334uu lid 8 BW en 2:335I lid 7 BW geven de notaris ten opzichte van artikel 21 lid 2 Wna bijkomende bevoegdheden (doch geen verplichtingen) bij het nader onderzoek om zich te overtuigen van het geoorloofde karakter van het verlenen van zijn dienst in het geval er sprake is van ernstige twijfels in de zin van artikel 2:333i lid 8 BW, artikel 2:334uu lid 8 BW en artikel 2:335I lid 7 BW.
8. Het pre-verrichtingsattest kan alsnog worden afgegeven indien de gerede twijfel dan wel de ernstige twijfels van de notaris is dan wel zijn weggenomen door het nader onderzoek. De notaris geeft het pre-verrichtingsattest niet af indien zijn gerede twijfel dan wel ernstige twijfels niet is dan wel zijn weggenomen door het nader onderzoek.

2.2. Algemeen

De Wet bepaalt dat de notaris het pre-verrichtingsattest niet afgeeft wanneer hij vaststelt dat de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing 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 doeleinden¹.

Dit betekent dat wanneer de notaris vaststelt dat de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden, hij zijn dienst moet weigeren.

De fraudetoets sluit daarmee aan bij de huidige rol van de notaris als poortwachter. Deze verplichting voor de notaris kan gezien worden als een specificatie van de algemene plicht die de notaris heeft op grond van artikel 21 lid 2 Wna. Om deze reden bepalen artikel 2:333i lid 7 BW, artikel 2:334uu lid 7 BW en artikel 2:335I lid 6 BW dat artikel 21 lid 2 Wna onverminderd van toepassing is.

¹ Artikel 2:333i lid 7 BW/artikel 2:334uu lid 7 BW/artikel 2:335I lid 6 BW.

De fraudetoets uit de Richtlijn heeft hetzelfde doel als de notariële poortwachtersrol en strekt zich niet uit tot fiscale aspecten (de Richtlijn betreft louter het vennootschapsrecht). Daarom ligt het volgens de wetgever in de rede de fraudetoetsing door de notaris te laten aansluiten bij zijn huidige taken op grond van de Wna.

Hierdoor is de toetsing niet zwaarder, uitgebreider en diepgaander dan de toets bij een grensoverschrijdende fusie voor invoering van de Wet.

Dit betekent dat voor de fraudetoetsing de volgende informatie door de notaris in aanmerking moet worden genomen:

- (i) de informatie die de om te zetten/fuserende/splitsende vennootschap op grond van artikel 2:333i lid 4 BW/artikel 2:334uu lid 4 BW/artikel 2:335l lid 3 BW aan hem moet overleggen; en
- (ii) de informatie die de notaris heeft verkregen uit hoofde van zijn reeds bestaande rol van poortwachter op grond van de Wna.

In aanvulling op de hiervoor onder (i) en (ii) vermelde informatie kan de notaris ten behoeve van zijn informatiepositie voor de fraudetoetsing de om te zetten/fuserende/splitsende vennootschap vragen om afgifte van een schriftelijke verklaring/reactie met betrekking tot bepaalde, door de notaris gewenste punten.

Het is raadzaam om te vragen om een schriftelijke verklaring dat:

- de informatie die de om te zetten/fuserende/splitsende vennootschap op grond van artikel 2:333i lid 4 BW/artikel 2:334uu lid 4 BW/artikel 2:335l lid 3 BW aan de notaris heeft overgelegd juist en zo volledig mogelijk is; en
- de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing niet is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden.

Het is raadzaam om te vragen om een schriftelijke reactie op:

- het advies of de opmerkingen, genoemd in artikel 2:314 lid 4 BW/artikel 2:334h lid 4 BW/artikel 2:335f lid 4 BW²; en
- de overeenkomstig artikel 2:333e lid 1 BW/artikel 2:334mm lid 1 BW/artikel 2:335c BW ingediende opmerkingen van de aandeelhouders, de schuldeisers en de ondernemingsraad of, indien bij de door de vennootschap in stand gehouden onderneming een ondernemingsraad ontbreekt, de werknemers van de om te zetten/fuserende/splitsende vennootschap³, indien het advies en/of de opmerkingen hiertoe in het licht van de fraudetoets aanleiding geven.

2.3. Drie mogelijkheden

De notaris heeft in het kader van de fraudetoets, kort gezegd, op grond van de artikelen 2:333i BW, 2:334uu BW en 2:335l BW drie mogelijkheden:

- (i) afgifte van het pre-verrichtingsattest⁴;
- (ii) weigering afgifte van het pre-verrichtingsattest indien hij vaststelt dat de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden⁵; of
- (iii) uitvoering van nader onderzoek omdat hij ernstige twijfels heeft of de om te zetten/fuserende/splitsende vennootschap de fraudetoets kan doorstaan⁶.

² Artikel 2:333i lid 4 onderdeel b BW/artikel 2:334uu lid 4 onderdeel b BW/artikel 2:335l lid 3 onderdeel b BW.

³ Artikel 2:333i lid 4 onderdeel c BW/artikel 2:334uu lid 4 onderdeel c BW/artikel 2:335l lid 3 onderdeel c BW.

⁴ Artikel 2:333i leden 3 en 6 BW/artikel 2:334uu leden 3 en 6 BW/artikel 2:335l leden 2 en 5 BW.

⁵ Artikel 2:333i lid 7 BW/artikel 2:334uu lid 7 BW/artikel 2:335l lid 6 BW.

⁶ Artikel 2:333i lid 8 BW/artikel 2:334uu lid 8 BW/artikel 2:335l lid 7 BW.

2.4. Afgifte

Het pre-verrichtingsattest kan worden afgegeven indien de notaris geen aanleiding heeft om te veronderstellen dat de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden en er geen andere gegronde redenen als bedoeld in artikel 21 lid 2 Wna zijn voor weigering van afgifte.

Zie onderdeel 2.2 over de voor de fraudetoetsing in aanmerking te nemen informatie.

2.5. Weigering afgifte

Afgifte van het pre-verrichtingsattest dient te worden geweigerd indien de notaris vaststelt dat de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden. Ook wanneer hiervan naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden sprake is dient afgifte op grond van artikel 21 lid 2 Wna te worden geweigerd. Hetzelfde geldt als er andere gegronde redenen als bedoeld in artikel 21 lid 2 Wna zijn voor weigering van afgifte.

Op grond van artikel 21 lid 2 Wna is de notaris verplicht zijn dienst te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft.

Zie onderdeel 2.2 over de voor de fraudetoetsing in aanmerking te nemen informatie.

2.6. Nader onderzoek

De notaris dient nader onderzoek uit te voeren indien hij bij de beoordeling van de afgifte van het pre-verrichtingsattest ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden. In dat geval geeft de notaris het pre-verrichtingsattest vooralsnog niet af.

In het geval de notaris reeds op grond van artikel 2:333i lid 7 BW/artikel 2:334uu lid 7 BW/artikel 2:335i lid 6 BW vaststelt dat de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden of dat sprake is van andere gegronde redenen als bedoeld in artikel 21 lid 2 Wna, komt hij niet toe aan de toepassing van artikel 2:333i lid 8 BW/artikel 2:334uu lid 8 BW/artikel 2:335i lid 7 BW en weigert hij afgifte van het pre-verrichtingsattest. Zie hierover onderdeel 2.5.

Zie onderdeel 2.2 over de voor de fraudetoetsing in aanmerking te nemen informatie.

In de (toelichting bij de) Wet wordt niet gerefereerd aan overweging 36 van de preambule van de Richtlijn. Hoewel hiertoe derhalve niet verplicht, kan de notaris wanneer bij hem ernstige twijfels rijzen of de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze of criminele doeleinden, de in deze overweging vermelde indicatieve indicatoren bij zijn nader onderzoek betrekken.

De Richtlijn en de (toelichting bij de) Wet geven niet aan wanneer sprake is van ernstige twijfels, in geval waarvan de notaris nader onderzoek als bedoeld in artikel 2:333i lid 8 BW, artikel 2:334uu lid 8 BW en artikel 2:335i lid 7 BW dient uit te voeren. In de wetsgeschiedenis bij artikel 21 lid 2 Wna staat dat een notaris bij gerede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt verplicht is zijn diensten te weigeren, althans zich eerst door nader onderzoek dient te overtuigen van het geoorloofde karakter ervan⁷. In het kader van een grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing brengt dit mee dat de notaris bij gerede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt het pre-verrichtingsattest vooralsnog niet afgeeft maar eerst nader onderzoek moet uitvoeren.

⁷ Kamerstukken II 2008-09, 32250, nr. 3, p. 20.

De artikelen 2:333i lid 8 BW, 2:334uu lid 8 BW en 2:335l lid 7 BW geven de notaris ten opzichte van artikel 21 lid 2 Wna bijkomende bevoegdheden bij het nader onderzoek om zich te overtuigen van het geoorloofde karakter van het verlenen van zijn dienst in het geval er sprake is van ernstige twijfels in de zin van artikel 2:333i lid 8 BW, artikel 2:334uu lid 8 BW en artikel 2:335l lid 7 BW. De notaris is niet verplicht om deze bevoegdheden in te zetten in het kader van het nader onderzoek maar kan gebruik maken van deze mogelijkheden.

Bij het nader onderzoek kan de notaris de om te zetten/fuserende/splitsende vennootschap of de relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing van een lidstaat of lidstaten van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte om informatie en documenten vragen. In de voor invoering van de Wet reeds bestaande praktijk van grensoverschrijdende fusie vond ook reeds overleg plaats tussen de notaris en de bevoegde instantie of instanties uit de andere lidstaat. Het is raadzaam om deze praktijk voort te zetten bij grensoverschrijdende fusie en ook toe te passen bij grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing.

Ook stond het de notaris voor invoering van de Wet vrij om andere instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende fusie te vragen om informatie en documenten. De notaris kon bijvoorbeeld bij het handelsregister vragen om bevestiging van de deponering door de vennootschap van het fusievoorstel. Deze vrijheid heeft de notaris nog steeds. Het is raadzaam om deze praktijk voort te zetten bij grensoverschrijdende fusie en ook toe te passen bij grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing.

Wanneer de notaris niet tevreden is met de informatie die hij ontvangt, heeft hij tevens de vrijheid om een andere deskundige in te schakelen, bijvoorbeeld door een opinie te vragen. Daartoe wordt in artikel 2:333i lid 8 BW, artikel 2:334uu lid 8 BW en artikel 2:335l lid 7 BW geregeld dat de notaris bij het nader onderzoek een beroep kan doen op één of meer onafhankelijke deskundigen. Het is raadzaam om in voorkomende gevallen een onafhankelijke deskundige in te schakelen.

De kosten die verband houden met het nader onderzoek komen voor rekening van de om te zetten/fuserende/splitsende vennootschap. Het is raadzaam om de om te zetten/fuserende/splitsende vennootschap hierop vooraf te wijzen.

Het pre-verrichtingsattest kan alsnog worden afgegeven indien de gerede twijfel dan wel de ernstige twijfels van de notaris is dan wel zijn weggenomen door het nader onderzoek.

De notaris geeft het pre-verrichtingsattest niet af indien zijn gerede twijfel dan wel ernstige twijfels niet is dan wel zijn weggenomen door het nader onderzoek. Artikel 2:333i lid 9 BW/artikel 2:334uu lid 9 BW/artikel 2:335l lid 8 BW geeft hiervoor in geval van ernstige twijfels een termijn van maximaal negen maanden nadat de notaris de documenten en de informatie bedoeld in artikel 2:333i lid 4 BW/artikel 2:334uu lid 4 BW/artikel 2:335l lid 3 BW heeft ontvangen.

KNB, versie 12 juli 2023

Bijlage

Implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing en fraudetoets

IMPLEMENTATIE RICHTLIJN GRENSOVERSCHRIJDENDE OMZETTING/FUSIE/SPLITSING EN FRAUDETOETS

1. Inleiding

Op 12 december 2019 is Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen ("Richtlijn") gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie (L 321/1-L 321/44, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:32019L2121>). De Richtlijn, ook wel mobiliteitsrichtlijn genoemd, is in werking getreden op 1 januari 2020 en moest uiterlijk op 31 januari 2023 zijn omgezet in nationale wetgeving. De inwerkingtredingsdatum van de Nederlandse implementatiewetgeving is 1 september 2023.

2. Richtlijn; pre-verrichtingsattest en fraudetoets

2.1. Algemeen

De Richtlijn regelt een aan de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing voorafgaand attest (pre-verrichtingsattest) en een rechtmatigheidstoets waarvan een zogenoemde fraudetoets deel uitmaakt. Zie hierover de overwegingen 33 t/m 38 van de preambule van de Richtlijn:

"(33) Om een passende verdeling van taken tussen de lidstaten en een efficiënte en effectieve voorafgaande controle van grensoverschrijdende verrichtingen te verzekeren, moeten de bevoegde instanties van de lidstaten van de vennootschap of vennootschappen waardoor de grensoverschrijdende verrichting wordt aangegaan, bevoegd zijn om een aan de omzetting, fusie of splitsing voorafgaand attest (hierna "aan de verrichting voorafgaand attest" genoemd) af te geven. De bevoegde instanties van de lidstaten van de uit de grensoverschrijdende verrichting voortkomende vennootschap of vennootschappen mogen de procedures voor de grensoverschrijdende verrichting niet kunnen goedkeuren zonder een dergelijk attest.

(34) Met het oog op de afgifte van een aan de verrichting voorafgaand attest moeten de lidstaten van de vennootschap of vennootschappen waardoor de grensoverschrijdende verrichting wordt aangegaan, overeenkomstig het nationale recht een of meer instanties aanwijzen die bevoegd zijn om toezicht te houden op de rechtmatigheid van de verrichting. Onder de bevoegde instantie(s) kunnen vallen: rechterlijke, notariële of andere instanties, een belastingdienst of een autoriteit voor financiële diensten. Indien er meer dan één bevoegde instantie is, moet de vennootschap een aanvraag voor het aan de verrichting voorafgaand attest kunnen indienen bij één door de lidstaten aangewezen bevoegde instantie, die met de andere bevoegde instanties overleg moet plegen. Door de bevoegde instantie moet worden beoordeeld of aan alle relevante voorwaarden is voldaan en of alle procedures en formaliteiten correct zijn vervuld in die lidstaat, en moet binnen drie maanden na de indiening van het verzoek door de vennootschap worden beslist over de afgifte van een aan de verrichting voorafgaand attest, tenzij er bij de bevoegde autoriteit ernstige twijfels rijzen die erop wijzen dat de grensoverschrijdende verrichting 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, en de beoordeling daarvan vereist dat aanvullende informatie in overweging wordt genomen of dat aanvullende onderzoeksactiviteiten worden verricht.

(35) In sommige omstandigheden kan het recht van vennootschappen om een grensoverschrijdende verrichting aan te gaan, worden gebruikt voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden, zoals het omzeilen van de rechten van werknemers, socialezekerheidsbetalingen of fiscale verplichtingen, of voor criminele doeleinden. Het is met name van belang "lege vennootschappen" of "brievenbusmaatschappijen" te bestrijden die zijn opgericht om het Unie- of

nationale recht te ontduiken, te omzeilen of te schenden. Wanneer de bevoegde instantie in het kader van haar toezicht op de rechtmatigheid van een grensoverschrijdende verrichting, onder meer door raadpleging van de relevante instanties, constateert dat de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of criminele doeleinden, mag zij het aan de verrichting voorafgaande attest niet afgeven. De relevante procedures, met inbegrip van alle beoordelingen, moeten worden uitgevoerd in overeenstemming met het nationale recht. In zulke gevallen moet de bevoegde instantie de termijn voor de beoordeling met maximaal drie maanden kunnen verlengen.

(36) Wanneer er bij de bevoegde instantie ernstige twijfels rijzen die erop wijzen dat de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden, moeten bij de beoordeling alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking worden genomen en moet daarbij ten minste rekening worden gehouden met, in voorkomend geval, indicatieve factoren met betrekking tot de kenmerken van de vestiging in de lidstaat waar de registratie van de vennootschap of vennootschappen na de grensoverschrijdende verrichting moet plaatsvinden, met inbegrip van de opzet van de verrichting, de sector, de investering, de netto-omzet en winst of verlies, het aantal werknemers, de samenstelling van de balans, de fiscale woonplaats, de activa en de plaats waar deze zich bevinden, de uitrusting, de uiteindelijk begunstigden van de vennootschap, de gebruikelijke werkplek van de werknemers en van specifieke werknemersgroepen, de plaats waar de sociale bijdragen verschuldigd zijn, het aantal gedetacheerde werknemers in het jaar vóór de grensoverschrijdende operatie in de zin van Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad (13) en Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad (14), het aantal werknemers dat gelijktijdig in meer dan één lidstaat werkzaam is in de zin van Verordening (EG) nr. 883/2004 en de commerciële risico's van de vennootschap of vennootschappen vóór en na de grensoverschrijdende verrichting. Bij de beoordeling moet ook rekening worden gehouden met de relevante feiten en omstandigheden in verband met de medezeggenschapsrechten voor werknemers, met name wat betreft de onderhandelingen over dergelijke rechten die zijn aangegaan doordat het aantal werknemers vier vijfde van de toepasselijke nationale drempel bereikt. Al deze elementen mogen in de algemene beoordeling slechts als indicatieve factoren worden beschouwd en mogen dus niet op zichzelf in aanmerking worden genomen. De bevoegde instantie kan het feit dat grensoverschrijdende verrichting ertoe zou leiden dat de plaats van de werkelijke leiding of de economische activiteit van de vennootschap zich in de lidstaat zou bevinden waar de registratie van de vennootschap of vennootschappen na de grensoverschrijdende verrichting moet plaatsvinden, beschouwen als een aanwijzing dat er geen omstandigheden zijn die leiden tot misbruik of fraude.

(37) Ook moet de bevoegde instantie bij de vennootschap die de grensoverschrijdende verrichting aangaat, of bij andere bevoegde instanties, met inbegrip van die van de lidstaat van bestemming, alle relevante informatie en documenten kunnen verkrijgen met het oog op het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende verrichting binnen het in het nationale recht vastgestelde procedurele kader. De lidstaten moeten kunnen bepalen welke gevolgen voor de afgifte van het aan de verrichting voorafgaande attest de door de deelnemers en schuldeisers van de vennootschap ingeleide procedures overeenkomstig deze richtlijn kunnen hebben.

(38) Bij de beoordeling die is vereist voor het verkrijgen van een aan de verrichting voorafgaand attest moet de bevoegde instantie een beroep kunnen doen op een onafhankelijke deskundige. De lidstaten moeten regels vaststellen om ervoor te zorgen dat de deskundige of de rechtspersoon in wiens naam de deskundige optreedt, onafhankelijk is van de vennootschap die de aanvraag voor het aan de verrichting voorafgaande attest indient. De deskundige moet door de bevoegde instantie worden aangewezen en mag noch momenteel noch in het verleden banden hebben

(gehad) met de betrokken vennootschap die van invloed kunnen zijn op de onafhankelijkheid van de deskundige.”

De fraudetoets is opgenomen in de artikelen 86 quaterdecies, 127 en 160 quaterdecies van de Richtlijn.

2.2. Artikel 86 quaterdecies van de Richtlijn (grensoverschrijdende omzetting)

“1. De lidstaten wijzen de rechterlijke, notariële of andere bevoegde instantie of instanties voor het toezicht op de rechtmatigheid van grensoverschrijdende omzettingen aan voor de onderdelen van de procedure die door het recht van de lidstaat van vertrek worden geregeld, en voor de afgifte van een aan de omzetting voorafgaand attest waaruit blijkt dat aan alle relevante voorwaarden is voldaan en alle procedures en formaliteiten correct zijn vervuld in de lidstaat van vertrek (hierna "de bevoegde instantie" genoemd).

(...)

8. De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde instantie het aan de omzetting voorafgaande attest niet afgeeft indien overeenkomstig het nationale recht wordt vastgesteld dat een grensoverschrijdende omzetting 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.

9. Indien er bij de bevoegde instantie tijdens het in lid 1 bedoelde toezicht ernstige twijfels rijzen die erop wijzen dat de grensoverschrijdende omzetting 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, neemt zij de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking, zoals indicatieve factoren, indien van belang en niet op zichzelf beschouwd, waarvan de bevoegde instantie in het kader van het in lid 1 bedoelde toezicht op de rechtmatigheid, onder meer door raadpleging van de relevante instanties, kennis heeft genomen. De beoordeling in de zin van dit lid wordt per geval verricht volgens een door het nationale recht geregelde procedure.

10. Wanneer het voor de beoordeling in de zin van de leden 8 en 9 noodzakelijk is om rekening te houden met aanvullende informatie of om aanvullende onderzoeksactiviteiten te verrichten, kan de in lid 7 bedoelde termijn van drie maanden voor maximaal drie maanden worden verlengd.

11. Wanneer het vanwege de complexiteit van de grensoverschrijdende procedure niet mogelijk is de beoordeling binnen de in de leden 7 en 10 bepaalde termijnen uit te voeren, zorgen de lidstaten ervoor dat de aanvrager vóór het verstrijken van die termijnen in kennis wordt gesteld van de redenen voor de vertraging.

12. De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde instantie andere relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende omzetting, met inbegrip van die van de lidstaat van bestemming, kunnen raadplegen, en dat zij bij die instanties en bij de vennootschap de vereiste informatie en documenten kunnen verkrijgen met het oog op het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende omzetting, binnen het in het nationale recht vastgestelde procedurele kader. Voor de toepassing van de beoordeling kan de bevoegde instantie een beroep doen op een onafhankelijke deskundige.”

2.3. Artikel 127 van de Richtlijn (grensoverschrijdende fusie)

“1. De lidstaten wijzen de rechterlijke, notariële of andere bevoegde instantie of instanties aan voor het toezicht op de rechtmatigheid van grensoverschrijdende fusies wat betreft de gedeelten van de procedure die door het recht van de lidstaat van de fuserende vennootschap worden geregeld, en voor de afgifte van een aan de fusie voorafgaand attest waaruit blijkt dat aan alle relevante voorwaarden is voldaan en dat alle procedures en formaliteiten correct zijn vervuld in de lidstaat van de fuserende vennootschap (hierna "de bevoegde instantie" genoemd).

(...)

8. De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde instantie het aan de fusie voorafgaande attest niet afgeeft indien overeenkomstig het nationale recht wordt vastgesteld dat een 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.

9. Indien er bij de bevoegde instantie tijdens het in lid 1 bedoelde toezicht ernstige twijfels rijzen die erop wijzen 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, neemt zij de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking, zoals indicatieve factoren, indien van belang en niet op zichzelf beschouwd, waarvan de bevoegde instantie in het kader van het in lid 1 bedoelde toezicht, onder meer door raadpleging van de relevante instanties, kennis heeft genomen. De beoordeling in de zin van dit lid wordt per geval verricht volgens een procedure die wordt beheerst door het nationale recht.

10. Wanneer het voor de beoordeling in de zin van de leden 8 en 9 noodzakelijk is om rekening te houden met aanvullende informatie of om aanvullende onderzoeksactiviteiten te verrichten, kan de in lid 7 bepaalde termijn van drie maanden voor maximaal drie maanden worden verlengd.

11. Wanneer het vanwege de complexiteit van de grensoverschrijdende procedure niet mogelijk is de beoordeling binnen de in de leden 7 en 10 voorziene termijnen uit te voeren, zorgen de lidstaten ervoor dat de aanvrager vóór het verstrijken van die termijnen in kennis wordt gesteld van de redenen voor de vertraging.

12. De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde instantie andere relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende fusie, met inbegrip van die van de lidstaat van de uit de fusie ontstane vennootschap, kunnen raadpleegt, en dat zij van deze instanties en van de fuserende vennootschap de informatie en documenten kan verkrijgen die noodzakelijk zijn voor het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie, binnen het in het nationale recht vastgestelde procedurele kader. Voor de toepassing van de beoordeling kan de bevoegde instantie een beroep doen op een onafhankelijke deskundige."

2.4. Artikel 160 quaterdecies van de Richtlijn (grensoverschrijdende splitsing)

"1. De lidstaten wijzen de rechterlijke, notariële of andere bevoegde instantie of instanties aan voor het toezicht op de rechtmatigheid van grensoverschrijdende splitsingen wat betreft de gedeelten van de procedure die door het recht van de lidstaat van de gesplitste vennootschap worden geregeld, en voor de afgifte van een aan de splitsing voorafgaand attest waaruit blijkt dat aan alle relevante voorwaarden is voldaan en alle procedures en formaliteiten correct zijn vervuld in die lidstaat (hierna "de bevoegde instantie" genoemd).

(...)

8. De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde instantie het aan de splitsing voorafgaande attest niet afgeeft indien overeenkomstig het nationale recht wordt vastgesteld dat een grensoverschrijdende splitsing 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.

9. Indien er bij de bevoegde instantie tijdens het in lid 1 bedoelde toezicht ernstige twijfels rijzen die erop wijzen dat de grensoverschrijdende splitsing 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, neemt zij de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking, zoals indicatieve factoren, indien van belang en niet op zichzelf beschouwd, waarvan de bevoegde instantie in het kader van het in lid 1 bedoelde toezicht, onder meer door raadpleging van de relevante instanties, kennis heeft genomen. De beoordeling in de zin van dit lid wordt per geval verricht volgens een procedure die onder het nationale recht valt.

10. Wanneer het voor de beoordeling in de zin van de leden 8 en 9 noodzakelijk is om rekening te houden met aanvullende informatie of om aanvullende onderzoeksactiviteiten te verrichten, kan de in lid 7 bedoelde termijn van drie maanden voor maximaal drie maanden worden verlengd.

11. Wanneer het vanwege de complexiteit van de grensoverschrijdende procedure niet mogelijk is de beoordeling binnen de in de leden 7 en 10 bepaalde termijnen uit te voeren, zorgen de lidstaten

ervoor dat de aanvrager vóór het verstrijken van die termijnen in kennis wordt gesteld van de redenen voor de vertraging.

12. De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde instantie andere relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende splitsing, met inbegrip van die van de lidstaat van de verkrijgende vennootschappen, kunnen raadplegen, en dat zij bij die instanties en bij de gesplitste vennootschap de vereiste informatie en documenten kunnen verkrijgen die noodzakelijk is voor het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing, binnen het in het nationale recht vastgestelde procedurele kader. Voor de toepassing van de beoordeling kan de bevoegde instantie een beroep doen op een onafhankelijke deskundige.”

3. Wet; pre-verrichtingsattest en fraudetoets

3.1. Algemeen

Op 5 december 2022 is het wetsvoorstel Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen met toelichting ingediend bij de Tweede Kamer (<https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?cfg=wetsvoorsteldetails&qry=wetsvoorstel%3A36267>, Kamerstukken 36267).

Op 12 juli 2023 is de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (“Wet”) gepubliceerd (wet van 28 juni 2023, Stb. 2023, 252, <https://www.officielebekendmakingen.nl/stb-2023-252.pdf>). De inwerkingtredingsdatum van de Wet is 1 september 2023 (Stb. 2023, 254, <https://www.officielebekendmakingen.nl/stb-2023-254.pdf>). De Wet dient ter implementatie van de Richtlijn.

De Wet regelt onder meer een aan de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing voorafgaand attest (pre-verrichtingsattest) en een rechtmatigheidstoets waarvan een zogenoemde fraudetoets deel uitmaakt. Dit attest wordt afgegeven door de notaris. De bij grensoverschrijdende fusie reeds bestaande rechtmatigheidstoets door de notaris wordt uitgebreid met deze fraudetoets. Deze (uitgebreide) rechtmatigheidstoets wordt ook ingevoerd voor grensoverschrijdende splitsing en grensoverschrijdende omzetting. De fraudetoets houdt in dat de notaris het pre-verrichtingsattest niet afgeeft wanneer hij vaststelt dat de grensoverschrijdende omzetting/fusie/splitsing 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 fraudetoets is opgenomen in artikel 2:333i leden 7 tot en met 9, artikel 2:334uu leden 7 tot en met 9 en artikel 2:335l lid 6 tot en met 8 van het Burgerlijk Wetboek (“BW”).

3.2. Artikel 2:333i BW (grensoverschrijdende fusie)

“(…)

3. De notaris verklaart op aanvraag van de fuserende vennootschap naar Nederlands recht dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die de afdelingen 2, 3 en 3a van deze titel en de statuten vereisen voor de deelneming van de vennootschap aan de grensoverschrijdende fusie en dat voor het overige de daarvoor in deze afdelingen en in de statuten gegeven voorschriften zijn nageleefd. De notaris onderzoekt daartoe de door de fuserende vennootschap bij de aanvraag ingediende documenten en informatie, bedoeld in het volgende lid, en, indien van toepassing, de vermelding door de fuserende vennootschappen dat de procedure voor de vaststelling van regelingen met betrekking tot medezeggenschap overeenkomstig artikel 333k lid 3 van start is gegaan.

“(…)

6. De notaris geeft de verklaring, bedoeld in lid 3, af binnen drie maanden nadat hij de documenten en de informatie, bedoeld in lid 4, heeft ontvangen. De notaris geeft de verklaring niet af, indien hij vaststelt dat de vormvoorschriften of de overige voor de grensoverschrijdende fusie

gegeven voorschriften als bedoeld in lid 3 niet zijn nageleefd. De notaris stelt de fuserende vennootschap in kennis van de redenen voor zijn besluit. De notaris kan de vennootschap de mogelijkheid bieden om binnen een passende termijn aan de relevante vormvoorschriften of overige voor de grensoverschrijdende fusie gegeven voorschriften te voldoen. Deze termijn eindigt in ieder geval maximaal acht maanden nadat de notaris de documenten en de informatie, bedoeld in lid 4 heeft ontvangen.

7. Onverminderd artikel 21 lid 2 van de Wet op het notarisambt, geeft de notaris 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.

8. 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 of gericht zijn op ontduiking of omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden neemt hij de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking, waarvan hij in het kader van de beoordeling van de afgifte van de verklaring kennis heeft genomen. De notaris kan ten behoeve van zijn beoordeling, in voorkomend geval:

- a) de fuserende vennootschap of de relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende fusie van een lidstaat of lidstaten van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte om informatie en documenten vragen; en
- b) een beroep doen op één of meer onafhankelijke deskundigen.

De kosten die verband houden met deze beoordeling door de notaris worden gedragen door de aanvrager van de verklaring.

9. Wanneer het voor de beoordeling, bedoeld in het vorige lid, noodzakelijk is om rekening te houden met aanvullende informatie of om aanvullende onderzoeksactiviteiten te verrichten, kan de notaris de termijn van drie maanden, bedoeld in lid 6, voor drie maanden verlengen. Wanneer het vanwege de complexiteit van de grensoverschrijdende fusie niet mogelijk is de beoordeling uit te voeren binnen zes maanden nadat de notaris de documenten en de informatie, bedoeld in lid 4, heeft ontvangen, stelt de notaris de aanvrager van de verklaring voor het verstrijken van deze termijn in kennis van de redenen voor de vertraging. De notaris geeft de verklaring niet af indien zijn ernstige twijfels als bedoeld in lid 8 niet zijn weggenomen binnen een termijn van maximaal negen maanden nadat hij de documenten en de informatie, bedoeld in lid 4, heeft ontvangen.”

3.3. Artikel 2:334uu BW (grensoverschrijdende splitsing)

“(…)

3. De notaris verklaart op aanvraag van de splitsende vennootschap naar Nederlands recht dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die de afdelingen 4, 5 en 6 van deze titel en de statuten vereisen voor de deelneming van de vennootschap aan de grensoverschrijdende splitsing en dat voor het overige de daarvoor in deze afdelingen en in de statuten gegeven voorschriften zijn nageleefd. De notaris onderzoekt daartoe de door de splitsende vennootschap bij de aanvraag ingediende documenten en informatie, bedoeld in het volgende lid, en, indien van toepassing, de vermelding door de splitsende vennootschappen dat de procedure voor de vaststelling van regelingen met betrekking tot medezeggenschap overeenkomstig artikel 334xx lid 3 van start is gegaan.

“(…)

6. De notaris geeft de verklaring, bedoeld in lid 3, af binnen drie maanden nadat hij de documenten en de informatie, bedoeld in lid 4, heeft ontvangen. De notaris geeft de verklaring niet af, indien hij vaststelt dat de vormvoorschriften of de overige voor de grensoverschrijdende splitsing gegeven voorschriften als bedoeld in lid 3 niet zijn nageleefd. De notaris stelt de splitsende vennootschap in kennis van de redenen voor zijn besluit. De notaris kan de vennootschap de mogelijkheid bieden om binnen een passende termijn aan de relevante vormvoorschriften of overige voor de grensoverschrijdende splitsing gegeven voorschriften te

voldoen. Deze termijn eindigt in ieder geval maximaal acht maanden nadat de notaris de documenten en de informatie, bedoeld in lid 4, heeft ontvangen.

7. Onverminderd artikel 21 lid 2 van de Wet op het notarisambt, geeft de notaris de verklaring, bedoeld in lid 3, niet af indien hij vaststelt dat de grensoverschrijdende splitsing 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.

8. Indien de notaris bij de beoordeling van de afgifte van de verklaring ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende splitsing 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 neemt hij de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking, waarvan hij in het kader van de beoordeling van de afgifte van de verklaring kennis heeft genomen. De notaris kan ten behoeve van zijn beoordeling, in voorkomend geval:

- a) de splitsende vennootschap of de relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende splitsing van een lidstaat of lidstaten van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte om informatie en documenten vragen; en
- b) een beroep doen op één of meer onafhankelijke deskundigen.

De kosten die verband houden met deze beoordeling door de notaris worden gedragen door de aanvrager van de verklaring.

9. Wanneer het voor de beoordeling, bedoeld in het vorige lid, noodzakelijk is om rekening te houden met aanvullende informatie of om aanvullende onderzoeksactiviteiten te verrichten, kan de notaris de termijn van drie maanden, bedoeld in lid 6, voor drie maanden verlengen. Wanneer het vanwege de complexiteit van de grensoverschrijdende splitsing niet mogelijk is de beoordeling uit te voeren binnen zes maanden nadat de notaris de documenten en de informatie, bedoeld in lid 4, heeft ontvangen, stelt de notaris de aanvrager van de verklaring voor het verstrijken van deze termijn in kennis van de redenen voor de vertraging. De notaris geeft de verklaring niet af indien zijn ernstige twijfels als bedoeld in lid 8 niet zijn weggenomen binnen een termijn van maximaal negen maanden nadat hij de documenten en de informatie, bedoeld in lid 4, heeft ontvangen.”

3.4. Artikel 2:335l BW (grensoverschrijdende omzetting)

“(…)

2. De notaris verklaart op aanvraag van de om te zetten vennootschap naar Nederlands recht dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die deze titel en de statuten vereisen voor de deelneming van de vennootschap aan de grensoverschrijdende omzetting en dat voor het overige de daarvoor in deze titel en in de statuten gegeven voorschriften zijn nageleefd. De notaris onderzoekt daartoe de door de vennootschap bij de aanvraag ingediende documenten en informatie, bedoeld in het volgende lid, en, indien van toepassing, de vermelding door de vennootschap dat de procedure voor de vaststelling van regelingen met betrekking tot medezeggenschap overeenkomstig artikel 335o lid 3 van start is gegaan.

“(…)

5. De notaris geeft de verklaring, bedoeld in lid 2, af binnen drie maanden nadat hij de documenten en de informatie, bedoeld in lid 3, heeft ontvangen. De notaris geeft de verklaring niet af, indien hij vaststelt dat de vormvoorschriften of de overige voor de grensoverschrijdende omzetting gegeven voorschriften als bedoeld in lid 2 niet zijn nageleefd. De notaris stelt de om te zetten vennootschap in kennis van de redenen voor zijn besluit. De notaris kan de vennootschap de mogelijkheid bieden om binnen een passende termijn aan de relevante vormvoorschriften of overige voor de grensoverschrijdende omzetting gegeven voorschriften te voldoen. Deze termijn eindigt in ieder geval maximaal acht maanden nadat de notaris de documenten en de informatie, bedoeld in lid 3, heeft ontvangen.

6. Onverminderd artikel 21 lid 2 van de Wet op het notarisambt, geeft de notaris de verklaring, bedoeld in lid 2, niet af indien hij vaststelt dat de grensoverschrijdende omzetting 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.

7. Indien de notaris bij de beoordeling van de afgifte van de verklaring ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende omzetting 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 neemt hij de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking, waarvan hij in het kader van de beoordeling van de afgifte van de verklaring kennis heeft genomen. De notaris kan ten behoeve van zijn beoordeling, in voorkomend geval:

- a) de vennootschap of de relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende omzetting van een lidstaat of lidstaten van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte om informatie en documenten vragen; en
- b) een beroep doen op één of meer onafhankelijke deskundigen.

De kosten die verband houden met deze beoordeling door de notaris worden gedragen door de aanvrager van de verklaring.

8. Wanneer het voor de beoordeling, bedoeld in het vorige lid, noodzakelijk is om rekening te houden met aanvullende informatie of om aanvullende onderzoeksactiviteiten te verrichten, kan de notaris de termijn van drie maanden, bedoeld in lid 5, voor drie maanden verlengen. Wanneer het vanwege de complexiteit van de grensoverschrijdende omzetting niet mogelijk is de beoordeling uit te voeren binnen zes maanden nadat de notaris de documenten en de informatie, bedoeld in lid 3, heeft ontvangen, stelt de notaris de aanvrager van de verklaring voor het verstrijken van deze termijn in kennis van de redenen voor de vertraging. De notaris geeft de verklaring niet af indien zijn ernstige twijfels als bedoeld in lid 7 niet zijn weggenomen binnen een termijn van maximaal negen maanden nadat hij de documenten en de informatie, bedoeld in lid 3, heeft ontvangen.”

4. Toelichting; pre-verrichtingsattest en fraudetoets

4.1. Algemeen

De fraudetoets is toegelicht in de memorie van toelichting (Kamerstukken 36267, nr. 3). Deze toelichting is opgenomen in het algemeen deel van de toelichting en in de artikelsgewijze toelichting. Zie onderdeel 4.2 tot en met onderdeel 4.5. De fraudetoets is verder toegelicht in de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken 36267, nr. 6). Zie onderdeel 4.6.

4.2. Paragraaf 3.2.3 van het algemeen deel van de toelichting

“Op grond van het huidige Nederlandse recht is de notaris bij een grensoverschrijdende fusie de bevoegde instantie die het pre-fusie attest afgeeft voor wat betreft de fuserende Nederlandse vennootschappen, hetzij bestaande verkrijgende vennootschappen, hetzij verdwijnende vennootschappen. Het pre-fusie attest moet worden opgenomen in een notariële akte. De toets die de notaris hanteert voor de afgifte van het attest heeft onder het huidige recht een formeel karakter; namelijk of de grensoverschrijdende fusie volgens de geldende procedure en formaliteiten is verlopen. Deze toets is in 2008 ingevoerd bij de implementatie van de Tiende Vennootschapsrichtlijn. In dit wetsvoorstel wordt ter implementatie van de richtlijn bepaald in artikel 2:333i BW dat de rechtsmatigheidstoetsing van de notaris ook bestaat uit een fraudetoets. De notaris heeft, kort gezegd, op grond van artikel 2:333i BW daarmee drie mogelijkheden: (i) afgifte van het pre-fusie attest (artikel 2:333i lid 3 BW), (ii) weigering tot afgifte na geboden mogelijkheid aan de fuserende vennootschap om alsnog aan de noodzakelijke voorwaarden te voldoen of weigering tot afgifte nadat de notaris vaststelt dat de grensoverschrijdende fusie, kort gezegd, is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze en criminele doeleinden (artikel 2:333i leden 6 en 7 BW) of (iii) het uitvoeren van een (nader) onderzoek omdat hij ernstige twijfels heeft of de vennootschap de fraudetoets kan doorstaan (artikel 2:333i lid 8 BW).”

“Voor de grensoverschrijdende splitsing en omzetting komt op grond van de voorgestelde artikelen 2:334uu en 2:335l BW precies dezelfde rechtsmatigheidstoetsing door de notaris te gelden als voor de grensoverschrijdende fusie. Dit betekent dat een pre-verrichting attest van de Nederlandse notaris eveneens is vereist voor: (i) een Nederlandse splitsende vennootschap bij een

grensoverschrijdende splitsing en (ii) een Nederlandse om te zetten vennootschap bij een grensoverschrijdende omzetting.”

“Voor deze wijze van implementatie is gekozen omdat de door de richtlijn vereiste fraudetoets aansluit bij de huidige rol van de notaris als poortwachter zoals voorzien in de Wet op het notarisambt (Wna). De notaris is op grond van artikel 21 van de Wna verplicht zijn dienst te weigeren, wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt (bijvoorbeeld de afgifte van een pre-verrichting attest), leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft. Met andere woorden, de notaris weigert zijn dienst bij criminele, onrechtmatige of frauduleuze activiteiten. Aangezien de fraudetoets uit de richtlijn hetzelfde doel heeft als de notariële poortwachtersrol en de toets zich niet uitstrekt tot fiscale aspecten (de richtlijn betreft louter het vennootschapsrecht) ligt het in de rede de fraudetoetsing door de notaris te laten aansluiten bij zijn huidige taken op grond van de Wna. Dit past bij het uitgangspunt om bij implementatie van de richtlijn aan te sluiten bij bestaande wetgeving, procedures en praktijk. Binnen het notariaat is op het vlak van grensoverschrijdende verrichtingen reeds diepgaande kennis en expertise aanwezig.”

“De fraudetoets zoals geïmplementeerd in de voorgestelde artikelen 2:333i en 2:334uu leden 7 tot en met 9 en artikel 2:335i lid 6 tot en met 8 BW heeft hetzelfde doel als de algemene plicht die de notaris onder het huidige recht heeft op grond van de Wna. Dit betekent dat wanneer de notaris vaststelt dat een grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze en criminele doeleinden, hij zijn dienst moet weigeren. De toetsing die door deze artikelen wordt verlangd heeft daarmee dezelfde zwaarte en omvang als de toetsing die de notaris thans bij een grensoverschrijdende verrichting verricht uit hoofde van zijn notariële poortwachtersrol. Met dien verstande dat lid 8 van de voorgestelde artikelen 2:333i en 2:334uu en lid 7 van artikel 2:335i BW de notaris een ten opzichte van artikel 21 Wna bijkomende bevoegdheid geeft voor nader onderzoek bij een grensoverschrijdende verrichting om zich zo te overtuigen van het geoorloofde karakter van het verlenen van zijn dienst. Dit nader onderzoek vindt plaats wanneer de notaris ernstige twijfels heeft of de grensoverschrijdende verrichting 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 kan de kosten voor dit nader onderzoek doorberekenen aan de vennootschap. Voor een uitgebreide toelichting op de toetsing door de notaris wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting bij artikel 2:333i BW.”

4.3. Artikelsgewijze toelichting bij artikel 2:333i BW (grensoverschrijdende fusie)

“De notaris moet een verklaring afgeven (ook wel het pre-fusie attest genoemd) van de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie voor wat betreft de fuserende Nederlandse vennootschappen, hetzij bestaande verkrijgende vennootschappen, hetzij verdwijnende vennootschappen. Het pre-fusie attest moet worden opgenomen in een notariële akte. De rechtmatigheidstoetsing van de notaris bestaat uit i) een formele toets, of de grensoverschrijdende fusie volgens de geldende procedure en formaliteiten is verlopen (artikel 2:333i lid 3 BW) en ii) een fraudetoets (het voorgestelde artikel 2:333i leden 7 tot en met 9 BW). De formele toets is reeds geregeld in het huidige artikel 2:333i lid 3 BW. (...) De formele toets van artikel 2:333i lid 3 BW behoudt in het wetsvoorstel op hoofdlijnen dezelfde opzet als onder het huidige recht.”

“Nieuw ten opzichte van het huidige recht is de vermelding van de fraudetoets in het voorgestelde artikel 2:333i lid 7 BW die de notaris naast deze formele toets moet verrichten (zie over de fraudetoets ook paragraaf 3.2.3 van het algemeen deel van deze toelichting). Deze fraudetoets houdt in dat de notaris het pre-fusie attest niet afgeeft en de grensoverschrijdende fusie niet toestaat, wanneer hij vaststelt dat een 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. Dit betekent dat wanneer de notaris vaststelt dat een grensoverschrijdende fusie is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze en criminele doeleinden, hij zijn dienst moet weigeren. Wanneer de notaris ernstige twijfels heeft of de fusie de fraudetoets kan doorstaan, kan hij een beroep doen op een onafhankelijke deskundige of op de relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende fusie van een lidstaat of lidstaten van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte (vgl. het voorgestelde artikel 2:333i lid 8 BW)."

"De notaris heeft, kort gezegd, op grond van artikel 2:333i BW drie mogelijkheden: (i) afgifte van het pre-fusie attest (artikel 2:333i lid 3 BW), (ii) weigering tot afgifte na geboden mogelijkheid aan de fuserende vennootschap om alsnog aan de noodzakelijke voorwaarden te voldoen of weigering tot afgifte nadat de notaris vaststelt dat de grensoverschrijdende fusie, kort gezegd, is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze en criminele doeleinden (artikel 2:333i leden 6 en 7 BW) of (iii) het uitvoeren van een (nader) onderzoek omdat hij ernstige twijfels heeft of de vennootschap de fraudetoets kan doorstaan (artikel 2:333i lid 8 BW)."

"Artikel 2:333i lid 7 BW implementeert artikel 127 lid 8 van de gewijzigde Vennootschapsrichtlijn. De bepaling regelt dat de notaris het pre-fusie attest niet afgeeft wanneer hij vaststelt dat een 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. Dit betekent dat wanneer de notaris vaststelt dat een grensoverschrijdende fusie is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze en criminele doeleinden, hij zijn dienst moet weigeren. De fraudetoets van artikel 2:333i lid 7 BW sluit daarmee aan bij de huidige rol van de notaris als poortwachter."

"Deze verplichting voor de notaris kan gezien worden als een specificatie van de algemene plicht die de notaris onder het huidige recht heeft op grond van artikel 21 lid 2 van de Wet op het notarisambt (Wna). Om deze reden bepaalt artikel 2:333i lid 7 BW dat artikel 21 lid 2 van de Wna onverminderd van toepassing is. Door deze fraudetoetsing door de notaris te laten aansluiten bij zijn huidige taken op grond van de Wna, is de toetsing niet zwaarder, uitgebreider en diepgaander dan de huidige toets bij een grensoverschrijdende fusie. Dit betekent dat voor de fraudetoetsing de volgende informatie door de notaris in aanmerking moet worden genomen: (i) de informatie die de fuserende vennootschap op grond van artikel 2:333i lid 4 BW aan hem moet overleggen en (ii) de informatie die de notaris heeft verkregen uit hoofde van zijn reeds bestaande rol van poortwachter op grond van de Wna. Zie over de rol van de notaris als poortwachter en de aansluiting van de fraudetoets daarop nader paragraaf 3.2.3 van het algemeen deel van deze toelichting. De rol van de notaris gaat overigens in sommige opzichten onder het huidige recht ook verder waar het gaat om zijn functie als poortwachter van het financiële systeem. Op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) is de notaris naast de andere in die wet aangewezen instellingen verplicht onderzoek te doen bij zijn dienstverlening naar zijn cliënt ter voorkoming van witwassen of financiering van terrorisme. Zo bepaalt artikel 3, tweede lid, van de Wwft, dat de notaris cliëntenonderzoek verricht en is de notaris op grond van artikel 16 verplicht ongebruikelijke transacties te melden aan de Financiële inlichtingen eenheid."

"Artikel 2:333i lid 8 BW implementeert artikel 127 leden 9 en 12 van de gewijzigde Vennootschapsrichtlijn. De bepaling regelt het nadere onderzoek dat de notaris moet uitvoeren wanneer hij ernstige twijfels heeft of 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. Artikel 2:333i lid 8 BW bepaalt dat de notaris de relevante feiten en omstandigheden in aanmerking neemt, waarvan hij in het kader van de beoordeling van de afgifte van de verklaring kennis heeft genomen (zie voor de informatie die door de notaris in aanmerking moet worden genomen de toelichting bij het vorige lid). Op grond van artikel 21 lid 2 van de Wna is de notaris verplicht zijn dienst te weigeren wanneer hij een redelijke overtuiging of redelijk vermoeden heeft dat de werkzaamheid die van hem verwacht wordt, leidt

tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft. Dit betekent dat een notaris bij gerede twijfel aan de goede bedoelingen van de fuserende vennootschap verplicht is om het pre-fusie attest niet af te geven, althans zich eerst door nader onderzoek dient te overtuigen van het geoorloofde karakter ervan (vgl. Kamerstukken II 2008-09, 32250, nr. 3, p. 20). Lid 8 van artikel 2:333i BW geeft de notaris bij een grensoverschrijdende fusie een ten opzichte van artikel 21 lid 2 Wna bijkomende bevoegdheid voor een nader onderzoek om zich te overtuigen van het geoorloofde karakter van het verlenen van zijn dienst in het geval er sprake is van ernstige twijfels in de zin van lid 8. In het geval de notaris op grond van het zevende lid al kan vaststellen dat de grensoverschrijdende fusie is opgezet voor onrechtmatige, frauduleuze en criminele doeleinden komt hij niet toe aan de toepassing van dit achtste lid.”

“Bij dit nadere onderzoek kan de notaris de fuserende vennootschap of de relevante instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende fusie van een lidstaat of lidstaten van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte om informatie en documenten vragen. In de huidige praktijk van grensoverschrijdende fusie vindt ook reeds overleg plaats tussen de notaris en de bevoegde instantie of instanties uit de andere lidstaat. Ook staat het de notaris thans vrij om andere instanties met bevoegdheid op de verschillende gebieden met betrekking tot de grensoverschrijdende fusie te vragen om informatie en documenten. De notaris kan bijvoorbeeld bij het handelsregister vragen om bevestiging van de deponering door de vennootschap van het fusievoorstel. Wanneer de notaris niet tevreden is met de informatie die hij ontvangt, heeft hij tevens de vrijheid om een andere deskundige in te schakelen, bijvoorbeeld door een opinie te vragen. Daartoe wordt in lid 8 geregeld dat de notaris bij het nadere onderzoek een beroep kan doen op een onafhankelijke deskundige. De kosten voor dit nadere onderzoek komen voor rekening van de fuserende vennootschap.”

“Artikel 2:333i lid 9 BW implementeert artikel 127 leden 10 en 11 van de gewijzigde Vennootschapsrichtlijn en geeft een termijn voor het onderzoek dat de notaris bij ernstige twijfels moet verrichten op grond van lid 8 van artikel 2:333i BW. De termijn van drie maanden bedoeld in lid 6, tussen het overleggen van de documenten en informatie door de fuserende vennootschap en de afgifte van het pre-fusie attest door de notaris, kan door de notaris voor maximaal drie maanden worden verlengd wanneer het voor hem noodzakelijk is om rekening te houden met aanvullende informatie of om aanvullende onderzoeksactiviteiten te verrichten in het kader van zijn onderzoek. Wanneer het vanwege de complexiteit van de grensoverschrijdende procedure niet mogelijk is voor de notaris om de beoordeling uit te voeren binnen een termijn van zes maanden na de aanvraag van het pre-fusie attest door de fuserende vennootschap, moet de fuserende vennootschap vóór het verstrijken van die termijn in kennis worden gesteld van de redenen voor de vertraging. Om te voorkomen dat er sprake is van een verlenging van de termijn zonder duidelijk eindtijdstip wordt - hoewel de gewijzigde Vennootschapsrichtlijn dit niet uitdrukkelijk voorschrijft - aanvullend in artikel 2:333i lid 9 BW geregeld dat de notaris de afgifte van de verklaring weigert indien zijn ernstige twijfels nog niet zijn weggenomen na het verstrijken van een termijn van negen maanden na de aanvraag van het pre-fusie attest door de fuserende vennootschap.”

4.4. Artikelsgewijze toelichting bij artikel 2:334uu BW (grensoverschrijdende splitsing)

“Artikel 2:334uu BW regelt aan welke eisen het toezicht van de notaris op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing moet voldoen. De notaris moet een verklaring afgeven (ook wel het pre-splitsing attest genoemd) van de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende splitsing voor wat betreft de splitsende Nederlandse vennootschap. Het pre-splitsing attest moet net als de akte van splitsing (zie artikel 2:334n lid 1 BW) worden opgenomen in een notariële akte. Beide aktes kunnen gecombineerd worden. De rechtsmatigheidstoetsing van de notaris bestaat uit i) een formele toets, of de grensoverschrijdende splitsing volgens de geldende procedure en formaliteiten

is verlopen (artikel 2:334uu lid 3 BW) en ii) een fraudetoets (het voorgestelde artikel 2:334uu leden 7 tot en met 9 BW). Deze toetsing is gelijk aan de toetsing die de notaris bij een grensoverschrijdende fusie moet uitvoeren in het kader van het pre-fusie attest (zie hierboven de artikelsgewijze toelichting bij artikel 2:333i BW en paragraaf 3.2.3 van het algemeen deel van de toelichting)."

"De leden 7 tot en met 9 van artikel 2:334uu BW implementeren artikel 160quaterdecies leden 8 tot en met 12 van de gewijzigde Vennootschapsrichtlijn en regelen dat de notaris het pre-splitsing attest niet afgeeft wanneer hij vaststelt dat een grensoverschrijdende splitsing 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. Deze fraudetoets is identiek aan de fraudetoets bij de grensoverschrijdende fusie. Zie daarom voor een nadere toelichting de artikelsgewijze toelichting bij artikel 2:333i leden 7 tot en met 9 BW."

4.5. Artikelsgewijze toelichting bij artikel 2:335l BW (grensoverschrijdende omzetting)

"Artikel 2:335l BW implementeert de artikelen 86quaterdecies, 86quindicies en 86octodecies en geeft, kort gezegd, een regeling voor het pre-omzetting attest. De notaris moet een verklaring afgeven (ook wel een pre-omzetting attest genoemd) van de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende omzetting voor wat betreft de Nederlandse om te zetten vennootschap. Het pre-omzetting attest moet worden opgenomen in een notariële akte. De rechtmatigheidstoetsing van de notaris bestaat uit i) een formele toets, of de grensoverschrijdende omzetting volgens de geldende procedure en formaliteiten is verlopen (artikel 2:335l lid 2 BW) en ii) een fraudetoets (artikel 2:335l leden 6 tot en met 8 BW). De toetsing is zonder afwijking inhoudelijk gelijk aan de toetsing die de notaris bij een grensoverschrijdende fusie en splitsing moet uitvoeren in het kader van het pre-fusie attest en het pre-splitsing attest (zie hierboven de artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 2:333i en 2:334uu BW en paragraaf 3.2.3 van het algemeen deel van deze toelichting). Om deze reden zal deze toetsing hier op hoofdlijnen worden besproken en voor het overige worden terugverwezen naar de uitgebreide artikelsgewijze toelichting hierboven bij artikel 2:333i BW."

"De leden 6 tot en met 8 van artikel 2:335l BW implementeren artikel 186quaterdecies leden 8 tot en met 12 van de gewijzigde Vennootschapsrichtlijn en regelen dat de notaris het pre-omzettingsattest niet afgeeft wanneer hij vaststelt dat een grensoverschrijdende omzetting 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. Deze fraudetoets is identiek aan de fraudetoets bij de grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende splitsing (vgl. artikel 2:333i leden 7 tot en met 9 BW respectievelijk artikel 2:334uu leden 7 tot en met 9 BW). Zie daarom voor een nadere toelichting de artikelsgewijze toelichting bij artikel 2:333i leden 7 tot en met 9 BW."

4.6. Toelichting in nota naar aanleiding van het verslag

"Op grond van het huidige Nederlandse recht is de notaris bij de grensoverschrijdende fusie reeds de bevoegde instantie die een verklaring moet afgeven van de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende verrichting (het zogenaamde pre-verrichting attest). In dit wetsvoorstel wordt ter implementatie van de richtlijn bepaald dat deze rechtmatigheidstoetsing van de notaris ook bestaat uit een fraudetoets. Voor de grensoverschrijdende splitsing en omzetting komt op grond van het wetsvoorstel precies dezelfde toetsing door de notaris te gelden als voor de grensoverschrijdende fusie. Hiermee komt voor alle grensoverschrijdende verrichtingen te gelden dat wanneer de notaris constateert dat zo'n verrichting 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, hij het verlangde attest niet mag afgeven waardoor deze verrichting geen doorgang kan vinden."

“Voor het aanwijzen van de notaris als bevoegde instantie voor de door de richtlijn vereiste fraudetoets is gekozen omdat deze toets aansluit bij de huidige rol van de notaris als poortwachter zoals voorzien in de Wet op het notarisambt (Wna). De notaris is op grond van het huidige artikel 21 van de Wna verplicht zijn dienst te weigeren, wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt (bijvoorbeeld de afgifte van een pre-verrichting attest), leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft. Met andere woorden, de notaris weigert zijn dienst bij criminele, onrechtmatige of frauduleuze activiteiten. Aangezien de fraudetoets uit de richtlijn hetzelfde doel heeft als de notariële poortwachtersrol ligt het voor de hand de fraudetoetsing door de notaris te laten aansluiten bij zijn huidige taken op grond van de Wna. De Commissie vennootschapsrecht onderschrijft deze redenering in haar advies en acht het nuttig dat bij de invulling van deze toets wordt aangesloten bij de notariële poortwachtersrol zoals die al sinds jaar en dag bestaat.”

“Ook de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de NOvA en de KNB en de Wetgevingscommissie van de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON) zijn het er in de internetconsultatie mee eens dat de notaris in het wetsvoorstel wordt aangewezen als de bevoegde instantie om het pre-verrichting attest (waar de fraudetoets onderdeel van uitmaakt) af te geven. Zij vinden deze keuze begrijpelijk, omdat het notariaat al intensief betrokken is bij grensoverschrijdende verrichtingen. Bij geen van de door de leden van de VVD-fractie genoemde instanties, zoals Dienst Justis, is thans vergelijkbare betrokkenheid bij het proces van – en de controle op – grensoverschrijdende verrichtingen aanwezig als binnen het notariaat. Het aanwijzen van een andere bevoegde instantie voor de fraudetoets dan het notariaat zou daarnaast leiden tot hogere nalevingskosten voor ondernemingen die dan een extra instantie zouden moeten raadplegen en zou leiden tot een langere duur van het proces van grensoverschrijdende verrichtingen, zonder dat daarmee een duidelijk doel gediend is, gelet op het huidige takkenpakket en de expertise van het notariaat. Ik acht dit ook niet wenselijk in het licht van met name het uitgangspunt om bij implementatie van deze richtlijn aan te sluiten bij bestaande wetgeving, procedures en praktijk. Deze redenen, elk afzonderlijk maar ook in samenhang, maken dat ervoor gekozen is om de notaris aan te wijzen als de bevoegde instantie om de fraudetoets te verrichten.”

KNB, 12 juli 2023