

Notitie

Datum : 5 december 2023
Onderwerp : Visie KNB voor de notariële praktijk inzake tijdstip afgeven pre-fusieattest/pre-omzettingattest en passeren fusieakte tijdens verzetstermijn voor crediteuren bij grensoverschrijdende fusie en omzetting
Van : KNB
Voor : Leden KNB

0. Inleiding

Naar aanleiding van de recente wetgeving op het gebied van inbound en outbound grensoverschrijdende fusies en omzettingen gecombineerd met het artikel 'Het pre-fusie-, omzettings- en splitsingsattest en de verzetstermijn voor crediteuren' van prof. mr. W.J.M. van Veen dat is gepubliceerd in WPNR 2023/7425 zijn bij de KNB diverse vragen uit de notariële praktijk binnengekomen over welke termijn(en) er aangehouden moet(en) worden door de notaris bij die processen.

De KNB is door de notariële praktijk gevraagd om haar visie te geven ten behoeve van de notariële praktijk met betrekking tot de volgende vragen:

- 1. Mag de notaris, gezien vanuit de regeling voor schuldeisersbescherming bij grensoverschrijdende fusie, bij een grensoverschrijdende fusie met een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap (inbound fusie) het pre-fusieattest afgeven vóórdat de driemaandentermijn is verstreken waarbinnen crediteuren in verzet kunnen komen tegen de voorgenomen grensoverschrijdende fusie?*
- 2. Mag de notaris, gezien vanuit de regeling voor schuldeisersbescherming bij grensoverschrijdende fusie, bij een grensoverschrijdende fusie met een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap (inbound fusie) de fusieakte (aan de voet waarvan het slotattest moet worden opgenomen) passeren vóórdat de driemaandentermijn is verstreken waarbinnen crediteuren in verzet kunnen komen tegen de voorgenomen grensoverschrijdende fusie?*
- 3. Mag de notaris, gezien vanuit de regeling voor schuldeisersbescherming bij grensoverschrijdende fusie, bij een grensoverschrijdende fusie met een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap (outbound fusie) het pre-fusieattest afgeven vóórdat de driemaandentermijn is verstreken waarbinnen crediteuren in verzet kunnen komen tegen de voorgenomen grensoverschrijdende fusie?*
- 4. Mag de notaris, gezien vanuit de regeling voor schuldeisersbescherming bij grensoverschrijdende omzetting, bij een grensoverschrijdende omzetting met een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap (outbound omzetting) het pre-omzettingattest afgeven vóórdat de driemaandentermijn is verstreken waarbinnen crediteuren in verzet kunnen komen tegen de voorgenomen grensoverschrijdende omzetting?*

De bevindingen van de KNB zijn dat alle vier de geschetste situaties toegestaan zijn. In het vervolg van deze notitie is per situatie een korte analyse opgenomen.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat hetgeen in deze notitie is opgenomen de visie van de KNB is en geacht wordt behulpzaam te zijn voor de notariële praktijk, maar het is geen formeel advies van de KNB aan de notariële praktijk. Notarissen zijn en blijven zelf verantwoordelijk voor de door hen gemaakte analyses in de door hen te behandelen zaken.

Bij de totstandkoming door de KNB van haar bevindingen heeft de KNB overleg gehad met verschillende stakeholders uit de praktijk waaronder vertegenwoordigers van de VON en het GKO en is er overleg geweest met het ministerie van J&V.

1. Afgeven pre-fusieattest bij een grensoverschrijdende fusie met een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap (inbound fusie)

Bezien vanuit de voor deze casus geldende regeling over schuldeisersbescherming in Boek 2 BW en ook overigens in het kader van Boek 2 BW wordt hierover het volgende opgemerkt.

1. Artikel 2:333i lid 3 BW geldt voor "de fuserende vennootschap naar Nederlands recht" en geldt daarom voor zowel een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap (inbound fusie) als een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap (outbound fusie). Beide vennootschappen dienen een pre-fusieattest aan te vragen bij de notaris. Zie ook Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 53 ("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.") en artikel 2:333i lid 5 BW ("Indien de verkrijgende vennootschap een vennootschap is naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte kan de notaris de verklaring bedoeld in lid 3 eerst afgeven indien ...").
2. Artikel 2:333ha lid 3 BW (waarin expliciet wordt verwezen naar artikel 2:333i lid 3 BW) is van toepassing op zowel het pre-fusieattest voor een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap als het pre-fusieattest voor een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap. Voor beide pre-fusieattesten geldt daarom de toelichting bij artikel 2:333ha lid 3 BW (Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 52/53). De leden 4 en 5 van artikel 2:316 BW spelen bij de afgifte van beide pre-fusieattesten geen rol.
3. Vanuit het ministerie van J&V is aangegeven/bevestigd dat het vermelde onder 1 en 2 geldt/juist is.
4. In de memorie van toelichting staat (Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 53):
"Artikel 2:333ha lid 3 BW staat er overigens niet aan in de weg dat de notaris het pre-fusie attest afgeeft terwijl de driemaandstermijn (zie lid 1 van artikel 2:333ha BW) voor het instellen van verzet door een schuldeiser nog loopt maar er (nog) geen verzet is ingesteld door een schuldeiser. Het besluit tot grensoverschrijdende fusie kan namelijk al na verloop van een maand na de dag van de aankondiging in de Staatscourant worden genomen (zie artikel 2:317 lid 2 BW). Dit betekent dat de notaris het pre-fusie attest kan afgeven binnen drie maanden nadat hij de vereiste documenten en informatie heeft ontvangen (vgl. artikel 2:333i lid 6 BW) terwijl de driemaandstermijn voor de verzetprocedure eventueel nog doorloopt."

2. Passeren fusieakte bij een grensoverschrijdende fusie met een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap (inbound fusie)

Bezien vanuit de voor deze casus geldende regeling over schuldeisersbescherming in Boek 2 BW en ook overigens in het kader van Boek 2 BW wordt hierover het volgende opgemerkt.

1. Artikel 2:333i lid 3 BW geldt voor "de fuserende vennootschap naar Nederlands recht" en geldt daarom voor zowel een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap (inbound fusie) als een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap (outbound fusie). Beide vennootschappen dienen een pre-fusieattest aan te vragen bij de notaris. Zie ook Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 53 ("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.") en artikel 2:333i lid 5 BW ("Indien de verkrijgende vennootschap een vennootschap is naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte kan de notaris de verklaring bedoeld in lid 3 eerst afgeven indien ...").
2. Artikel 2:333ha lid 3 BW (waarin expliciet wordt verwezen naar artikel 2:333i lid 3 BW) is van toepassing op zowel het pre-fusieattest voor een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap als het pre-fusieattest voor een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap. Voor beide pre-fusieattesten geldt daarom de toelichting bij artikel 2:333ha lid 3 BW (Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 52/53). De leden 4 en 5 van artikel 2:316 BW spelen bij de afgifte van beide pre-fusieattesten geen rol.
3. Op grond van artikel 2:333ha lid 3 BW ("In afwijking van artikel 316 leden 4 en 5") zijn de leden 4 en 5 van artikel 2:316 BW niet van toepassing in geval van een grensoverschrijdende fusie met

een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap en een grensoverschrijdende fusie met een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap. In deze gevallen geldt alleen artikel 2:333ha lid 3 BW. Zie ook Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 52/53 ("Thans geldt voor de grensoverschrijdende fusie dat de notaris ... dat de notaris niet het pre-fusie attest mag afgeven.").

4. Uit artikel 2:333ha lid 3 BW volgt dat de leden 4 en 5 van artikel 2:316 BW niet van toepassing zijn op het passeren van de fusieakte (aan de voet waarvan het slotattest moet worden opgenomen) door de notaris in geval van een grensoverschrijdende fusie met een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap. Dit betekent dat de notaris in dat geval de fusieakte als bedoeld in artikel 2:318 lid 1 BW mag passeren ook al is er tijdig verzet gedaan in de periode tussen het moment waarop het pre-fusieattest als bedoeld in artikel 2:333i lid 3 BW is afgegeven en het moment waarop de fusieakte wordt gepasseerd. In dat geval kan de rechter op een ingesteld rechtsmiddel het stellen van een door hem omschreven waarborg bevelen en daaraan een dwangsom verbinden op grond van de tweede zin van artikel 2:333ha lid 3 BW.

5. Het onbenut verstrijken van de termijn van drie maanden waarbinnen schuldeisers in verzet kunnen komen tegen de voorgenomen grensoverschrijdende fusie (artikel 2:333ha lid 1 BW jo artikel 2:316 lid 2 BW) is volgens de Nederlandse wet geen voorwaarde voor het mogen passeren van de fusieakte in geval van een grensoverschrijdende fusie met een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap.

6. Vanuit het ministerie van J&V is aangegeven/bevestigd dat het vermelde onder 1 tot en met 5 geldt/juist is.

3. Afgeven pre-fusieattest bij een grensoverschrijdende fusie met een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap (outbound fusie)

Bezien vanuit de voor deze casus geldende regeling over schuldeisersbescherming in Boek 2 BW en ook overigens in het kader van Boek 2 BW wordt hierover het volgende opgemerkt.

1. Artikel 2:333i lid 3 BW geldt voor "de fuserende vennootschap naar Nederlands recht" en geldt daarom voor zowel een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap (inbound fusie door overneming) als een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap (outbound fusie). Beide vennootschappen dienen een pre-fusieattest aan te vragen bij de notaris. Zie ook Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 53 ("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.") en artikel 2:333i lid 5 BW ("Indien de verkrijgende vennootschap een vennootschap is naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte kan de notaris de verklaring bedoeld in lid 3 eerst afgeven indien ...").

2. Artikel 2:333ha lid 3 BW (waarin expliciet wordt verwezen naar artikel 2:333i lid 3 BW) is van toepassing op zowel het pre-fusieattest voor een bestaande verkrijgende Nederlandse vennootschap als het pre-fusieattest voor een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap. Voor beide pre-fusieattesten geldt daarom de toelichting bij artikel 2:333ha lid 3 BW (Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 52/53). De leden 4 en 5 van artikel 2:316 BW spelen bij de afgifte van beide pre-fusieattesten geen rol.

3. Vanuit het ministerie van J&V is aangegeven/bevestigd dat het vermelde onder 1 en 2 geldt/juist is.

4. In de memorie van toelichting staat (Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 53):

"Artikel 2:333ha lid 3 BW staat er overigens niet aan in de weg dat de notaris het pre-fusie attest afgeeft terwijl de driemaandstermijn (zie lid 1 van artikel 2:333ha BW) voor het instellen van verzet door een schuldeiser nog loopt maar er (nog) geen verzet is ingesteld door een schuldeiser. Het besluit tot grensoverschrijdende fusie kan namelijk al na verloop van een maand na de dag van de aankondiging in de Staatscourant worden genomen (zie artikel 2:317 lid 2 BW). Dit betekent dat de notaris het pre-fusie attest kan afgeven binnen drie maanden nadat hij de vereiste documenten en informatie heeft ontvangen (vgl. artikel 2:333i lid 6 BW) terwijl de driemaandstermijn voor de verzetprocedure eventueel nog doorloopt."

4. Afgeven pre-omzettingattest bij een grensoverschrijdende omzetting met een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap (outbound omzetting)

Bezien vanuit de voor deze casus geldende regeling over schuldeisersbescherming in Boek 2 BW en ook overigens in het kader van Boek 2 BW wordt hierover het volgende opgemerkt.

1. Artikel 2:335l lid 2 BW geldt voor “de om te zetten vennootschap naar Nederlands recht” en geldt daarom voor een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap (outbound omzetting). Deze vennootschap dient een pre-omzettingattest aan te vragen bij de notaris. Zie ook Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 119 (“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.”).

2. Artikel 2:335j leden 4 en 5 BW (waarin expliciet wordt verwezen naar artikel 2:335l lid 2 BW) is van toepassing op het pre-omzettingattest voor een bestaande verdwijnende Nederlandse vennootschap. Voor dit pre-omzettingattest geldt daarom de toelichting bij artikel 2:335j leden 4 en 5 BW (Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 118).

3. In de memorie van toelichting staat (Kamerstukken 36267, nr. 3, p. 118):

“Het vierde lid regelt dat een tijdig verzet tot gevolg heeft dat de omzetting moet worden opgeschort totdat het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar is. Zolang op het verzet niet is beslist, mag de notaris namelijk niet het pre-omzetting attest afgeven (voor de regeling van het pre-omzetting attest zie hierna nader de artikelsgewijze toelichting bij artikel 2:335l lid 2 BW). Op een ingesteld rechtsmiddel kan de rechter, indien het pre-omzetting attest al is afgegeven, het stellen van een waarborg bevelen en daaraan een dwangsom verbinden (vgl. het voorgestelde lid 5 van artikel 2:335j BW). Hierbij kan worden gedacht aan het geval dat de rechter de opheffing van het verzet bijvoorbeeld uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard, terwijl zijn beschikking in hoger beroep of cassatie wordt vernietigd. Ook kan hierbij worden gedacht aan het geval dat de notaris het pre-omzetting attest heeft afgegeven binnen drie maanden nadat hij de vereiste documenten en de informatie heeft ontvangen (vgl. artikel 2:335l lid 5 BW) terwijl de voornoemde drie maandentermijn voor de verzetprocedure nog niet is verstreken en er na de afgifte van het attest door de notaris alsnog verzet wordt ingesteld.”

5. Richtlijn (EU) 2019/2121

De sinds 1 september 2023 geldende (gewijzigde) regeling voor grensoverschrijdende fusies, splitsingen en omzettingen in Boek 2 BW vloeit voort uit implementatie van Richtlijn (EU) 2019/2121 in de Nederlandse wetgeving. Het ministerie van J&V gaat ervan uit dat Richtlijn (EU) 2019/2121 richtlijnconform is geïmplementeerd door middel van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (Staatsblad 2023, 252). In het WPNR-artikel van Van Veen worden vraagtekens gezet bij de richtlijnconformiteit van de Nederlandse implementatiewet op het punt van afgifte van het pre-fusieattest en het pre-omzettingattest voordat de verzetstermijn van drie maanden (onbenut) is verstreken. De KNB gaat er met het ministerie van J&V van uit dat sprake is van richtlijnconformiteit op dit punt. Zo ziet de KNB de regelingen inzake schuldeisersbescherming en de regelingen inzake het pre-fusie/omzettingattest en de goedkeuring van de fusie/omzetting in de richtlijn als van elkaar onafhankelijke processen. Uitleg/interpretatie van de richtlijn is echter uiteindelijk aan het Hof van Justitie van de EU.

6. Verklaring Kamer van Koophandel

De KNB heeft contact gehad met Kamer van Koophandel (KVK) over het afgeven van een verklaring door KVK dat de stukken ter zake van een grensoverschrijdende fusie of omzetting een bepaalde periode ter inzage hebben gelegen bij KVK (artikel 2:314 lid 1 BW en artikel 2:335f lid 1 BW). KVK heeft laten weten dat als een notaris (met het oog op het nemen van een besluit tot grensoverschrijdende fusie of omzetting, artikel 2:317 lid 2 BW en artikel 2:335h lid 2 BW) vraagt om een verklaring van KVK dat de fusiestukken of omzettingstukken gedurende een maand ter inzage hebben gelegen bij KVK, KVK die verklaring afgeeft zodra die ene maand is verstreken en niet pas nadat drie maanden (de schuldeisersverzetstermijn bij grensoverschrijdende fusie of omzetting) zijn verstreken.

7. Akte van non-verzet rechtbank

Als een notaris overgaat tot afgifte van een pre-fusieattest (artikel 2:333i lid 3 BW) of pre-omzettingattest (artikel 2:335l lid 2 BW) terwijl de verzettermijn van drie maanden voor schuldeisers nog loopt, dan is van belang dat de notaris vaststelt dat op het moment van afgeven geen verzet is gedaan. Immers, indien tijdig verzet is gedaan, mag het pre-verrichtingattest door de notaris eerst worden afgegeven, zodra het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar is (artikel 2:333ha lid 3 eerste zin BW en artikel 2:335j lid 4 BW). De notaris kan vaststellen of verzet is aangetekend aan de hand van een akte van non-verzet die is aangevraagd bij en afgegeven door de competente rechtbank.

Opgemerkt wordt dat enige tijd kan zitten tussen het moment waarop de akte van non-verzet wordt afgegeven en het moment waarop het pre-verrichtingattest wordt afgegeven. Het is daarom raadzaam om onmiddellijk voorafgaand aan het afgeven van het pre-verrichtingattest telefonisch bij de competente rechtbank na te vragen of in de tussentijd verzet is aangetekend en van deze telefonische navraag aantekening te maken in het dossier.

Meer informatie: KNB, Jacco Sjerps, j.sjerps@knb.nl