

Zitting 1982–1983 Nr. 43¹

16 453

Regeling van de fusie van naamloze en besloten vennootschappen

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 4 november 1982

Algemeen

Het verheugt mij dat de fracties van P.v.d.A. en C.D.A. de invoering van de juridische fusie op zich zelf beschouwd een goede zaak vinden. Hun positieve oordeel over het ontwerp is een stimulans om te blijven streven naar helderheid bij het verwoorden van wettelijke voorstellen. Het was mij een voorrecht in ruime mate te kunnen beschikken over adviezen en opmerkingen van hoog gehalte waaraan verbeteringen van het wetsontwerp konden worden ontleend. Evenals de leden van de fractie van het C.D.A. ben ik overigens benieuwd naar ervaringen met de regeling in de praktijk.

Juist is de veronderstelling van de leden van de fractie van de P.v.d.A. dat ik de inbreng van alle instellingen die in de praktijk met de fusie te maken krijgen, op prijs stel. Over het ontwerp van de richtlijn zijn de vakcentrales geraadpleegd. Hun belangstelling gold het oorspronkelijke artikel 6, een later geschrapte bepaling die ten slotte gestalte heeft gekregen in de richtlijn over bescherming van werknemers bij fusies en overnemingen. Over het wetsontwerp zijn de vakcentrales niet afzonderlijk geraadpleegd. Uiteraard zou dit wel zijn geschied, als er reden was geweest om bij hen een bijzondere belangstelling te veronderstellen. Zoals de leden van de fractie van de P.v.d.A. evenwel opmerken, worden de belangen van de werknemers elders geregeld.

Met de leden van de C.D.A.-fractie ben ik het eens dat er geen dringende behoefte uit de praktijk is gebleken aan de rechtsfiguur van de fusie. Daarom kon de invoering, die oorspronkelijk als onderdeel van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zou geschieden, worden uitgesteld tot dit wetsontwerp.

Anders dan de leden van de P.v.d.A.-fractie meen ik dat wetwijziging bij gedeelten, al kleven ook daaraan bezwaren, het tot stand komen van samenhangende wetgeving, zeker bij een afgerond onderwerp als dit, niet behoeft te bemoeilijken. Integendeel, grotere gevaren dreigen wanneer alles tegelijk wordt herzien. Dan dreigt men immers onbewust de wijzigingen nog te beoordelen tegen de achtergrond van bestaande bepalingen die niet worden gehandhaafd en kan men ten onrechte vertrouwen op een houvast dat tegelijkertijd aan betekenis verliest. Een algehele herziening moge een integrale beoordeling minder belemmeren, het inzicht in de rechtsgevolgen van de verschillende wijzigingen wordt daardoor niet altijd verhelderend.

¹ Het vorige stuk is verschenen in zitting 1981–1982 onder nr. 122.

Vooralsnog zijn geen nieuwe wetten tot aanpassing aan Europese richtlijnen over vennootschapsrecht te verwachten. In Brussel vordert de behandeling van de zevende richtlijn gestaag. Deze zal, als aanvulling op de vierde richtlijn, enige bepalingen over concernjaarrekeningen geven. Wanneer zij tot stand zal komen, is nog niet te voorzien. Een ontwerp-richtlijn die, ter aanvulling van de richtlijn over fusies, de rechtsfiguur van de splitsing regelt, bevat geen verplichting voor de nationale wetgevers om splitsingen mogelijk te maken en behoeft dan ook niet tot een aanpassingswet te leiden. Andere ontwerp-richtlijnen over vennootschapsrecht bevinden zich in een pril stadium. Hierbij merk ik op dat ik, anders dan de Europese Commissie, richtlijnen over de uitoefening van het accountantsberoep en over vereisten aan een prospectus niet tot het vennootschapsrecht reken.

Dat de fusie van verenigingen en stichtingen in een afzonderlijk wetsontwerp zal worden geregeld, behoeft naar mijn mening niet bij te dragen aan de problemen van gebrek aan consistentie en integrale behandeling, zoals de leden van de P.v.d.A.-fractie vrezen. Uit de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer, blz. 11, blijkt dat reeds rekening is gehouden met de uitbreiding van de gelding van titel 6 tot verenigingen en stichtingen. Onder verenigingen zijn – zulks in antwoord op een vraag van de leden van de fractie van het C.D.A. – in dit verband coöperatieve verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen begrepen.

Naar aanleiding van de overschrijding van de termijn in de richtlijn voor het in werking treden van de aanpassingswet vragen de leden van de P.v.d.A.-fractie of deze te wijten is aan de trage wetgeving in Nederland of dat de termijn voor meerdere landen onhaalbaar is gebleken. De oorzaak van de termijnoverschrijding in Nederland is dat wijzigingen in het burgerlijk recht, waarbij velerlei belangen in evenwicht moeten worden gehouden, een zorgvuldige voorbereiding vereisen. Het betrachten daarvan vergt veel tijd.

In de andere landen is de aanpassing overigens niet sneller gegaan. Of de termijn voor hen haalbaar was, kan ik niet beoordelen, omdat voor het oponthoud vooral als reden wordt aangevoerd dat men ook de uitkomst van de onderhandelingen over de splitsingsrichtlijn in het oordeel wil betrekken. Er zijn landen waar het ontwerp van de aanpassingswet nog niet is ingediend. Bij mijn weten heeft nog geen lid-staat de aanpassing voltooid.

De leden van de fractie van het C.D.A. herinnerden naar aanleiding van de termijnoverschrijding aan hun vaststelling, dat de praktijk geen spoedige invoering eist. Zij stelden met nadruk dat zorgvuldige wetgeving, ook rekening houdend met de fiscale gevolgen, voorrang hebben moet boven het voldoen aan een Europese termijn. Naar mijn mening moet het streven voorop staan dat de Nederlandse wetgever zich zo mogelijk houdt aan de verdragrechtelijke verplichting om de aanpassingstermijn in acht te nemen. Dit streven mag niet lijden onder de omstandigheid dat de praktijk geen spoedige invoering eist. Dat de tijd, die met een zorgvuldige voorbereiding gemoeid is, tot termijnoverschrijding kan leiden, is te betreuren, maar niet steeds te vermijden. Bij de voorbereiding van dit wetsontwerp heeft het niet aan zorgvuldigheid ontbroken. Dit geldt ook voor de overweging van de fiscale gevolgen. De uitkomst daarvan moge een andere zijn dan waaraan deze leden de voorkeur geven, dat neemt niet weg dat bij de keuze zorgvuldigheid is nagestreefd.

De leden van de fractie van de P.v.d.A. merken op dat titel 6 van boek 2, waarin de fusie zal worden geregeld, nu nog wordt gevuld door de regeling van de jaarrekening. Dit zal eerst veranderen zodra de wet inzake de vierde richtlijn, waarvan het ontwerp nog aanhangig is, in werking zal zijn getreden. Dan ook wordt artikel 393 ingevoerd waarnaar in het nu behandelde wetsontwerp wordt verwezen. Zij wezen erop dat deze afhankelijkheid de invoering van de regeling van de fusie ongunstig beïnvloedt. Met deze opmerking stem ik in, met dien verstande dat aan de wetgever de mogelijk-

heid openstaat om in een aanvullend technisch wetsontwerp de titel en artikelen tijdelijk een afwijkende nummering te geven en de verwijzing naar artikel 393 tijdelijk te vervangen door een verwijzing naar artikel 102. Vooral nog meen ik dat daartoe nog geen voorstel behoeft te worden gedaan, omdat de Regering verwacht dat de Staten-Generaal eraan zullen meewerken het wetsontwerp over de jaarrekening spoedig tot wet te verheffen. Ook de belangen van de praktijk nopen ertoe om dat wetsontwerp voortvarend te behandelen. Krachtens Europese verplichting zal de nieuwe regeling immers gelden voor jaarrekeningen over boekjaren die op of na 1 januari 1983 aanvangen. Vertraging in de behandeling zou daarom de bedrijven voor problemen plaatsen.

Juridische aspecten

De leden van de fractie van het C.D.A. wilden nog eens toegelicht zien waarom het amendement op stuk nr. 15 geen verbetering zou zijn. Dit amendement wilde het de rechter onmogelijk maken een schuldeisersverzet gegrond te verklaren zonder eerst de mogelijkheid te geven daaraan door het stellen van een zekerheid te ontkomen. Mijn aarzeling over dat amendement was meer gericht tegen de daaruit sprekende neiging om de rechter bij het gebruik van zijn bevoegdheden steeds bij de hand te nemen dan tegen de rechtstoestand die van aanvaarding van het amendement het gevolg zou zijn. Anderzijds kan juist in dit geval de verwachte zeldzaamheid van verzetprocedures een argument zijn voor precieze regeling van een mogelijkheid waaraan in andere gedingen zelden behoefte bestaat. De gelegenheid die de indiening van het wetsontwerp over fusies van verenigingen en stichtingen biedt, wil ik dan ook aangrijpen om de voor- en nadelen van beide oplossingen nog eens in alle rust te overwegen. Het amendement, dat in een laat stadium werd ingediend, bood daartoe onvoldoende gelegenheid.

Ik ben bereid dan tevens opnieuw aandacht te geven aan artikel 318 lid 2 en overweeg daar de woordkeus te volgen van de heer mr. P. J. Dortmund in het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie nr. 5622 van 25 september 1982, blz. 574. Dat de uitleg van de bepaling onduidelijkheid heeft opgeroepen, vind ik begrijpelijk, omdat de verklaring een tot dusverre in het notariaat onbekende strekking heeft. De notaris moet een verklaring afleggen over de voorbereiding van de akte van fusie. Deze verklaring is beperkt tot de naleving van de in titel 6 en in de statuten voor het tot stand komen van de fusie gestelde vereisten. De notaris kan niet volstaan met bij zich zelf te rade te gaan of hem feiten bekend zijn die de conclusie wettigen dat niet aan de vereisten van de wet is voldaan. Hij zal ook spuurwerk moeten verrichten. Voor zover hij niet zelf proces-verbaal heeft gemaakt van de vergaderingen waarin tot de fusie werd besloten, zal hij zich bewijzen moeten laten tonen dat de voor de fusie vereiste voorstellen zijn aangenomen met de vereiste stemverhoudingen in vergaderingen die zijn bijeengeroepen met inachtneming van de vereisten die de wet en de statuten stellen. Wat de vereiste besluiten betreft, houdt zijn spuurwerk daar op. Hij hoeft niet na te gaan of alle stemmende aandeelhouders indertijd hun aandelen in de wettelijke vorm geleverd hebben gekregen en evenmin of, wanneer volgens het register van aandeelhouders het stemrecht wordt uitgeoefend door de vruchtgebruiker, deze met inachtneming van artikel 88 lid 3 of 197 lid 3 van boek 2 stemgerechtigd is geworden, zolang diens stemrecht niet betwist wordt door de aandeelhouder zelf. Hij mag kortom een besluit voor geldig houden, indien het de vorm heeft van een met inachtneming van de regels voorbereid en genomen besluit. Dit geldt ook voor het in artikel 317a genoemde bestuursbesluit.

De tweede taak van de notaris is na te gaan of de andere in titel 6 voorgeschreven handelingen zijn verricht. Ook hier ligt een beperking in zijn plicht tot naspeuren: tenzij hij feiten kent die ernstige twijfel wettigen, mag hij er bij voorbeeld van uitgaan dat de neergelegde vastgestelde

jaarrekeningen inderdaad vastgestelde jaarrekeningen zijn, als zij daarvan het uiterlijk hebben of als het handelsregister bevestigt dat vastgestelde jaarrekeningen aldaar zijn neergelegd. De wet eist niet dat de notaris zich van die vaststelling overtuigt. De notaris behoeft evenmin zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van de mening van het bestuur dat er bij de bepaling van de ruilverhouding geen bijzondere moeilijkheden zijn geweest in de zin van artikel 313 lid 1. Uiteraard behoort hij hierop weer wel te letten, wanneer hij weet dat eerst een accountant zijn opdracht tot onderzoek van de ruilverhouding als onuitvoerbaar heeft teruggegeven. Aan de hand van deze willekeurige voorbeelden hoop ik te hebben voldaan aan het verzoek de strekking van artikel 318 lid 2 te verduidelijken.

De leden van de fractie van de P.v.d.A. vragen nader naar de inschrijving van de overgang van rechten bij fusie ten hypotheekkantore en in andere openbare registers. Ik merk op dat overgang van rechtswege reeds algemeen voorkomt bij erfopvolging. In tegenstelling tot dat geval wordt na fusie opgave aan de registers voorgeschreven. De beheerders van de registers zullen, afhankelijk van de inrichting van elk register, opgave per inschrijving verlangen of genoeg nemen met opgave van de overgang onder algemene titel van de verdwenen rechtspersoon aan de verkrijgende rechtspersoon. Aangenomen mag worden dat met deze laatste opgave kan worden volstaan, indien de beheerder alle inschrijvingen op naam van de verdwenen rechtspersoon kan vinden en wijzigen. Een nadere instructie in deze geest lijkt mij dan ook onnodig.

Fusie kan gepaard gaan met overdracht van de zeggenschap als bedoeld in artikel 25 lid 1 onder a van de Wet op de ondernemingsraden. Bij fusie tussen vennootschappen die reeds in één hand waren of waarvan de ene reeds alle aandelen van de andere hield, zal dat doorgaans niet het geval zijn; in vele andere gevallen wel.

Het is niet de regeling ter ontduiking van de bepalingen over fusie met behulp van een daaraan nauw verwante rechtsfiguur, die ik niet nodig acht, maar het zijn deze rechtsfiguren zelf waaraan mijns inziens geen behoefte bestaat. De richtlijn doelt namelijk op rechtsfiguren die in het Nederlandse recht onbekend zijn en blijven. Gevolg is bij voorbeeld dat, indien men in Nederland een «fusie» overweegt met een bijbetaling op aandelen van meer dan 10%, men niet de voordelen zal kunnen genieten van overgang onder algemene titel. Er blijft dan geen andere weg open dan overdracht van de onderneming met afzonderlijke levering van alle activa en afzonderlijke overneming van iedere schuld, de weg die tot dusverre steeds is bewandeld.

Fiscale aspecten

De leden van de fractie van het C.D.A. refereren eraan dat bij de behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer van de zijde van de Regering wat betreft de fiscale problematiek is verwezen naar bestaande fiscale regelingen, zoals die van de artikelen 14 en 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en van de artikelen 40 en 44 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964. In dit verband stellen zij de vraag of de juridische fusie wel op één lijn mag worden gesteld met bestaande fusievormen. Zij wijzen er daarbij op, dat de bestaande fusievormen zich kenmerken door overdracht van vermogen (bedrijfsfusie) c.q. vervreemding van aandelen (aandelenfusie), terwijl de juridische fusie zich kenmerkt door een overgang van het vermogen onder algemene titel, waarbij de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap door de fusie aandeelhouders worden van de verkrijgende vennootschap. Naar aanleiding hiervan merkt de Minister van Financiën op, dat met de verwijzing naar bestaande fiscale regelingen niet meer is gezegd dan dat de fiscale problematiek welke zich voordoet bij de juridische fusie, in de uitvoerings sfeer tot een oplossing kan worden gebracht door bestaande fiscale regelingen tot richtsnoer te nemen dan wel naar analogie toe te passen.

Nu de verkrijgende vennootschap een andere belastingplichtige is dan de verdwijnende vennootschap, kan de verkrijgende vennootschap het vermogen dat van de verdwijnende vennootschap op haar overgaat niet te boek stellen op het bedrag waarvoor dit in de fiscale boekhouding van de verdwijnende vennootschap voorkomt. Ingevolge artikel 16 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 vindt bij de verdwijnende vennootschap een eindafrekening plaats. Om dezelfde reden gaat een afspraak op verliescompensatie niet automatisch over naar de verkrijgende vennootschap. Dit betekent echter nog niet dat in de praktijk na de fusie geen aandacht meer zou worden besteed aan deze aanspraak.

Zoals in de nota naar aanleiding van het eindverslag aan de Tweede Kamer is uiteengezet (blz. 3, tweede alinea), verdient het namelijk geen aanbeveling na de totstandkoming van een juridische fusie op geen enkele wijze rekening te houden met vóór de fusie door één van de twee of door beide vennootschappen geleden verliezen. Zulks zou immers een ernstige belemmering opwerpen voor de totstandkoming van juridische fusies. Anderzijds zou, zoals is opgemerkt in die nota, het te ver gaan na de fusie zonder nadere beperking verrekening van vóór de fusie geleden verliezen toe te staan. Bovendien zou zo'n onbeperkte mogelijkheid tot verrekening oneigenlijk gebruik kunnen uitlokken. De Minister van Financiën is met de Staatssecretaris van Financiën uit het vorige kabinet van mening, dat voor een tussenweg moet worden gekozen waarvoor aansluiting kan worden gezocht bij de praktijk van de verliescompensatie bij het aangaan van een fiscale eenheid. Deze leden zij toegegeven, dat de situatie van een juridische fusie in zoverre anders is dan een fiscale eenheid dat na een juridische fusie er civielrechtelijk één vennootschap overblijft en na het aangaan van een fiscale eenheid de vennootschappen welke die eenheid vormen civielrechtelijk zijn blijven bestaan. Zulks houdt evenwel niet in, dat het na een juridische fusie onmogelijk zou zijn bij de verkrijgende vennootschap de winst toe te rekenen aan het bedrijf dat afkomstig is van de verdwijnende vennootschap en aan dat wat reeds aanwezig was bij de verkrijgende vennootschap. Ook in situaties van een fiscale eenheid kan met het oog op de verliescompensatiemogelijkheid zich de noodzaak van winsttoerekening voordoen, ondanks de omstandigheid dat na het aangaan van de fiscale eenheid de bedrijven van de onderscheiden vennootschappen zeer nauw met elkaar kunnen zijn verbonden. Voorts zij erop gewezen, dat deze toerekeningsproblematiek zich eveneens kan voordoen bij een bedrijfsfusie, zijnde ook een situatie waarin bedrijven worden samengevoegd in één vennootschap. De Minister van Financiën onderschrijft dan ook de in genoemde nota naar aanleiding van het eindverslag weergegeven opvatting dat voor de problematiek van de verliescompensatie in de uitvoerings sfeer een bevredigende oplossing kan worden gevonden door aansluiting te zoeken bij bestaande fiscale regelingen op dit punt.

De leden van de fractie van het C.D.A. wijzen erop, dat de Staatssecretaris van Financiën heeft doen meedelen dat hij bereid was om in reële gevallen ten aanzien van de bij de fusie betrokken aandeelhouders artikel 44 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 naar analogie toe te passen, waardoor de fiscale claim op nog niet uitgedeelde winsten van de verdwijnende vennootschap wordt veiliggesteld. Deze leden vragen, of het werkelijk aannemelijk is dat de belastingrechter bereid zal zijn artikel 44 toe te passen. Ten antwoord op deze vraag brengt de Minister van Financiën in herinnering, dat de Hoge Raad bij arrest van 18 februari 1959, rolNr. 13 763, BNB 1959/124, voor een situatie van juridische fusie naar Amerikaans recht (z.g. consolidation) heeft geoordeeld dat bij de aandeelhouder die de aandelen in privé houdt het verschil tussen de nominale waarde van de aandelen in de verkrijgende vennootschap en de nominale waarde van de aandelen in de verdwijnende vennootschap belastbaar is. Deze uitspraak stamt uit de tijd waarin genoemd artikel 44 nog niet bestond. Het is de vraag of de Hoge Raad ook thans nog het verschil in nominale waarde aanstonds belastbaar acht dan wel, via een analoge toepassing van artikel

44, de fiscale claim zal doorschuiven waarvoor in de literatuur wordt gepleit. Ten einde mogelijke belastingheffing op dit punt ter gelegenheid van de fusie te vermijden is de Minister van Financiën bereid in reële gevallen op verzoek van belanghebbenden een oplossing na te streven overeenkomstig een analoge toepassing van artikel 44.

De leden van de fractie van het C.D.A. stellen vervolgens de vraag aan de orde of het wel aannemelijk is dat de rechter artikel 39 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 zal toepassen op de houder van een aanmerkelijk belang in de verdwijnende vennootschap, daarbij verwijzend naar het arrest van de Hoge Raad van 10 februari 1960, rolNr. 14 162, BNB 1960/123.

Naar aanleiding van deze vraag merkt de Minister van Financiën op dat in de *jurisprudentie de interpretatie van het begrip «vervreemding»* is toegespitst op een bepaald probleem. Daarom is voorzichtigheid geboden bij het geïsoleerd beschouwen van een door de Hoge Raad gehanteerde overweging. In dit verband wijst hij erop, dat de Hoge Raad in het arrest van 25 februari 1976, rolNr. 17 869, BNB 1976/131, voor de beslissing dat een schenking in de vorm van de vestiging van een recht van vruchtgebruik is aan te merken als een vervreemding als is bedoeld in artikel 39, een overweging heeft gebezigd met andere elementen dan in het hiervoren vermelde door deze leden genoemde arrest. Gelet op het feit dat de aandelen in de verdwijnende vennootschap uit het vermogen van de aandeelhouder verdwijnen, terwijl de daarvoor in de plaats komende aandelen in de verkrijgende vennootschap economisch een andere betekenis hebben (verschuiving van een complex van rechten), is de Minister van Financiën van oordeel dat er sprake is van een vervreemding in de zin van genoemd artikel 39. Alsdan kan men ook toekomen aan een analoge toepassing van artikel 40 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964.

Zoals uit het vorenstaande impliciet blijkt, is de Minister van Financiën – anders dan de leden van de fractie van het C.D.A. – van mening dat er beslist geen fiscale gaten gaan ontstaan in de tijd waarin de fiscale wetgeving nog niet met zo veel woorden is afgestemd op de nieuwe figuur van de juridische fusie. Ook wat betreft de dreigende rechtsonzekerheid, waarvoor deze leden vrezin, is naar zijn mening geen aanleiding, nu in de nota naar aanleiding van het eindverslag aan de Tweede Kamer de hoofdlijnen zijn aangegeven van de regelingen welke ter zake in de uitvoerings sfeer door het Ministerie van Financiën in individuele gevallen zullen worden getroffen. Dit alles neemt uiteraard niet weg dat ernaar moet worden gestreefd uiteindelijk met wetwijziging in de fiscale sfeer te komen. Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoren is vermeld vraagt de Minister van Financiën de leden van de fractie van het C.D.A., of zij zich opnieuw willen beraden over hun medewerking aan de verdere behandeling van het onderhavige ontwerp van wet.

De Minister van Financiën deelt mee, dat hij heeft kennis genomen van de opmerkingen van de leden van de fractie van de P.v.d.A. inzake het ontbreken van een specifieke fiscale regeling. Op een vraag van deze leden antwoordt hij, dat hij zich volledig kan vinden in hetgeen door de Staatssecretaris van Financiën uit het vorige kabinet is verwoord in de meergenoemde nota naar aanleiding van het eindverslag. Ook zijn conclusie, dat het verantwoord is niet reeds op korte termijn over te gaan tot aanpassing van de fiscale wetgeving, onderschrijft hij.

Naar zijn mening is inmiddels een voldoende duidelijk beeld geschetst hoe de figuur van de juridische fusie fiscaal wordt benaderd en kan een op korte termijn op te stellen raamwetgeving nauwelijks meer rechtszekerheid bieden. Daarbij komt dat, anders dan deze leden veronderstellen, er niet enige «lucht» op wetgevend gebied is ontstaan door de kabinetscrisis en het optreden van de huidige Regering.

De Minister van Justitie,
J. de Ruiter