

Vergaderjaar 2007–2008

30 929

Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L 310)

E

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 10 juni 2008

Graag beantwoord ik de nadere vragen die de leden van de fracties van het CDA, de PvdA en de VVD hadden naar aanleiding van de memorie van antwoord.

Reikwijdte

De leden van de fractie van de VVD vroegen aan de hand van welke criteria de notaris dient te beoordelen of hij kan meewerken aan een grensoverschrijdende splitsing van kapitaalvennootschappen waarbij een van de vennootschappen een Nederlandse naamloze vennootschap is; de vraag is of ik van mening ben dat een dergelijke splitsing naar Nederlands recht onmogelijk is.

De uit het voorlopig verslag en het nader voorlopig verslag blijkende opvatting van de leden van de fractie van het CDA en de VVD, dat Nederland een concurrerend en attractief vestigingsland moet zijn, onderschrijf ik van harte. Met deze leden ben ik van mening dat de rechtsfiguren grensoverschrijdende splitsing en zetelverplaatsing kunnen bijdragen aan vergroting van de bruikbaarheid en flexibiliteit van Nederlandse rechtspersonen. Nederland dringt daartoe in Brussel ook aan op vaststelling van geëigende rechtsinstrumenten, in het bijzonder de zogenoemde 14e vennootschapsrichtlijn inzake zetelverplaatsing, die omzetting van bijvoorbeeld een naamloze vennootschap in een Duitse AG mogelijk moet maken. Bij gebreke van harmoniserende maatregelen wordt de vraag of een vennootschap naar Nederlands recht kan deelnemen aan bijvoorbeeld een grensoverschrijdende splitsing beheerst door het nationale recht. Artikel 2:334b BW bepaalt dat de partijen bij de splitsing dezelfde rechtsvorm moeten hebben; lid 2 voegt daaraan toe dat, indien bij de splitsing een verkrijgende rechtspersoon wordt opgericht, deze de rechtsvorm moet hebben van de splitsende rechtspersoon. In artikel 2:308 wordt aangegeven welke rechtspersonen bij een splitsing op de voet van artikel 2:334b betrokken kunnen zijn. Naar Nederlands recht kan een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, naamloze vennootschap of besloten vennootschap worden gesplitst indien de resultante van die splitsing eveneens is een vereniging, coöperatie, etc.. naar Nederlands recht. Oprichting van een buitenlandse verkrijgende vennoot-

schap bij de splitsing is niet mogelijk. Men zie ook Kamerstukken II 1996–97, 24 702, nr. 6 op p. 4.

De leden van de fractie van de VVD vroegen of een grensoverschrijdende fusie tussen een Zwitserse naamloze vennootschap en een Nederlandse naamloze vennootschap mogelijk is.

Een dergelijke fusie is op basis van de richtlijn en deze uitvoeringwet niet mogelijk, nu de Zwitserse vennootschapsvorm niet tot de rechtsvormen behoort die worden genoemd in de richtlijn en het daaraan uitvoering gevende artikel 308 lid 3.

De aan het woord zijnde leden verwezen naar de Luxemburgse wet inzake grensoverschrijdende fusies. Deze leden vroegen mij of het juist is dat de Luxemburgse wet in artikel 257 grensoverschrijdende fusie toestaat. Deze leden vroegen voorts of wellicht rechtssystemen van andere EU- c.q. EER landen vergelijkbare mogelijkheden openen voor (i) grensoverschrijdende fusies en/of (ii) grensoverschrijdende splitsingen van kapitaalvennootschappen of andere rechtspersonen.

Artikel 257 van de Wet van 10 augustus 1915, zoals gewijzigd bij de Wet van 23 maart 2007, luidt, voor zover van belang:

«Une société ou un groupement d'intérêt économique, tels que visés à l'alinéa 1er, peut également contracter une opération de fusion avec une société ou groupement d'intérêt économique étranger pour autant que le droit national de cette dernière ou de cette dernier ne s'y oppose pas».

De regeling is blijkens de plaatsing in de wet van 10 augustus 1915 van toepassing op *sociétés commerciales* (kapitaalvennootschappen) en EESV's. De Luxemburgse wet staat fusie van kapitaalvennootschappen met buitenlandse kapitaalvennootschappen derhalve toe op voorwaarde dat ook het recht van het zeteland van de buitenlandse vennootschap deze toestaat. Bij de behandeling van deze wet is door de *Conseil d'Etat* aangegeven dat men nog in afwachting was van verdere aanpassingen van dit artikel in verband met de implementatie van richtlijn 2005/56/EG (*Avis* van 13 februari 2007, *Conseil d'Etat* no. 47.469). Vergelijkbare mogelijkheden voor fusie met andere kapitaalvennootschappen uit de Europese Unie zullen ook elders in de Unie mogelijk zijn na voltooiing van de implementatie van de richtlijn; ik beschik helaas niet over informatie over met het Luxemburgse recht vergelijkbare erkenningsregelingen in andere lidstaten. Wel is mij bekend dat in 2007 door de Europese Commissie in het kader van het omzettingsproces van de richtlijn een inventarisatie is gemaakt van de plannen van lidstaten voor de introductie van grensoverschrijdende fusie voor andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen (voor kapitaalvennootschappen geldt deze verplichting gelet op artikel 1 van de richtlijn) en voor grensoverschrijdende splitsingen van alle rechtspersonen. Alleen van Denemarken is bekend dat men grensoverschrijdende splitsingen wil toelaten. Voor fusie is het beeld als volgt. Enkele lidstaten, waaronder Frankrijk en Luxemburg, waren of zijn voornemens de richtlijnvoorschriften ook toe te passen op coöperatieve vennootschappen. Zoals bekend laat de richtlijn een uitzondering voor coöperatieve vennootschappen toe, ofschoon de definitie van de kapitaalvennootschappen die in de richtlijn is gekozen, coöperatieve vennootschappen met een afgescheiden kapitaal(structuur) omvat. De meeste lidstaten gaven aan dat verdere uitbreiding van het toepassingsbereik bij fusie slechts een begaanbare weg wordt geacht als er een Europese lijst komt van rechtspersonen die als gelijkwaardig kunnen worden beschouwd, nu veel lidstaten in hun wetgeving hebben opgenomen dat slechts rechtspersonen met een identieke, dan wel gelijkwaardige (denk

aan nv en bv) rechtsvorm kunnen fuseren. Een dergelijke lijst is evenwel niet voorhanden; ik heb geen indicatie dat er door de Commissie aan het aanleggen van zo'n lijst wordt gewerkt.

De leden van de fractie van de VVD vroegen of ik bereid ben om te onderzoeken of een goeddoordachte regeling kan worden ontworpen voor de grensoverschrijdende fusie van andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen, waarbij rechtszekerheid en betrouwbaarheid gewaarborgd zijn.

Mijn indruk is dat er thans vooral behoefte is aan een regeling voor fusie van kapitaalvennootschappen in het bedrijfsleven; het gebruik van bijvoorbeeld de stichting- of de verenigingsvorm voor grensoverschrijdende samenwerking door dat bedrijfsleven is beperkt. Mocht evenwel blijken dat verenigingen of stichtingen in de praktijk barrières ondervinden bij grensoverschrijdende samenwerking waarvoor de juridische fusie een goed instrument zou zijn, en dat ook in andere landen waarmee Nederland nauw verbonden is zich tot een dergelijk onderzoek of wetswijziging bereid verklaren, dan is een regeling het overwegen waard. Wel moet de wetgevingscapaciteit en het beslag dat de implementatie van Europese regelingen op deze capaciteit doet, zulks toelaten, mede in het licht van door het bedrijfsleven belangwekkend genoemde voorstellen rond de *one tier board* en de herziening van de geschilbeslechting, waaronder de enquête.

De leden van de fractie van de VVD vroegen in dit verband of de indruk juist is dat de Commissie op dit punt een afwachtende houding voorstaat («impact assessment afwachten») en welke mogelijkheden ik zie om het onderwerp weer op de agenda te krijgen.

De indruk van de leden van de fractie van de VVD is ook de mijne. De Europese Commissie richt zich op een statuut voor de Europese besloten vennootschap, een instrument waarvan het op dit moment voor mij de vraag is of er veel behoefte aan is, mede gelet op de voorstellen voor een versoepelde besloten vennootschap in Nederland. Het vastleggen van uniforme procedures voor de erkenning van zetelverplaatsing en splitsing zal naar mijn inschatting een grotere bijdrage kunnen leveren aan een optimaal gebruik van de interne markt dan de introductie van supranationale, eigenstandige rechtsvormen, in het bijzonder als daarbij voor de uitwerking zou (moeten) worden verwezen naar nationaal recht. Deze gedachte wordt ook uitgedragen in de verschillende Brusselse gremia, waaronder raads werkgroepen en expertwerkgroepen. Daarbij moet wel worden aangetekend dat een aantal lidstaten minder geporteerd is van een richtlijnvoorstel op het terrein van de zetelverplaatsing omdat men verwacht dat de Commissie zich daarin of naar aanleiding daarvan ook zal uitlaten over de verenigbaarheid van de zogenaamde reële zetelleer met het Europese verdrag. De Commissie heeft laten weten de voorkeur te geven aan het afwachten van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zaak C-201/06 Cartesio. In deze zaak is op 22 mei 2008 door AG Poiares Maduro conclusie genomen; de uitspraak zal nog enige tijd op zich laten wachten. Nederland blijft aandringen op het weer ter hand nemen van de 14e richtlijn. Ik merk op dat de Europese Commissie zich waar het gaat om agendering mede richt naar de suggesties en voorstellen die zij ontvangt van belanghebbende organisaties uit verschillende landen; er is dus ook een rol voor het nationale bedrijfsleven weggelegd.

Aankondiging en deponering

De leden van de fractie van het CDA gaven aan dat de gegevens genoemd in artikel 333 e door de fusierende vennootschappen in de Staatscourant moeten worden aangekondigd. Deze leden gaven aan dat naar hun oordeel de richtlijn niet verplicht tot het door de fusierende vennootschappen zelf doen publiceren van de gegevens opgenomen in artikel 6 lid 2 van de richtlijn.

De richtlijn verwijst voor de in lid 1 bedoelde informatie naar de openbaarmakingwijze van artikel 3 Eerste richtlijn 68/151/EG, die neerkomt op de (electronische) openbaarmaking door de Kamer van Koophandel. Voor lid 2 ontbreekt deze verwijzing, en wordt daarentegen voorgeschreven dat *«onderstaande gegevens worden bekend gemaakt in het staatsblad van die lidstaat.»* Een elektronische vermelding bij de Kamer van Koophandel is niet voldoende. Denkbaar is dat de vennootschap de gegevens aanlevert bij de Kamer van Koophandel en dat deze laatste zorgdraagt voor openbaarmaking van de in lid 2 genoemde gegevens in de Staatscourant. Er is enige aarzeling of met het aanleveren van deze informatie aan de Kamer van Koophandel, en doorzenden door de Kamer van Koophandel aan de Staatscourant, een lastenverlichting of besparing wordt bereikt ten opzichte van het voorgestelde rechtstreekse aanleveren bij de Staatscourant, te meer nu dat laatste eveneens elektronisch kan. De gegevens van lid 2 onderdeel a en b zijn voor de Kamer naar verwachting zonder veel moeite te halen uit de door de vennootschap ex lid 1 aangedragen informatie, maar voor de informatie bedoeld onder c zal de vennootschap de Kamer dan afzonderlijk van gegevens moeten voorzien. De kosten die met doorzending door de Kamer van Koophandel gemoeid zijn, zouden uiteindelijk hoger kunnen liggen dan de kosten die de vennootschap maakt door rechtstreekse aanlevering bij de Staatscourant. Voorgesteld wordt daarom vooralsnog het in artikel 333 e opgenomen systeem in te voeren en aan de hand van de ervaringen te bezien of met een alternatief een wezenlijke besparing kan worden bereikt.

Accountantsverklaring

In het kader van de voorgestelde bescherming van minderheidsaandeelhouders die zich tegen de fusie verzetten is de vraag gerezen hoe de accountant de verklaring als bedoeld in artikel 333g lid 1 kan afgeven als hij nog niet weet hoeveel aandeelhouders zullen uittreden, noch hoe hoog de schadeloosstelling zal zijn. De leden van de fractie van het CDA wijdden beschouwingen aan deze materie en vroegen mij nader in te gaan op de vraag hoe de accountant kan verklaren of de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennootschappen ten minste overeenkomt met de nominale waarde, als hij niet weet wat het totale nominale bedrag is van de aandelen die bij fusie worden toegekend. Naar het deze leden voorkwam, is het probleem dat niet bepaald kan worden wat het maximale aantal aandeelhouders is dat kan uittreden, als niet duidelijk is wat het bedrag is van de schadeloosstelling. Deze leden vroegen ook op basis van welke bepaling kan worden afgeleid onder welke omstandigheden de fusie niet kan doorgaan, en hoe een en ander uitwerkt als de fusie wordt voltooid voordat de hoogte van het bedrag van de schadeloosstelling is vastgesteld.

De verklaring van de accountant is gebaseerd op de zogenaamde inbrengverklaring van artikel 2:94b/204b BW. Het doel van die regeling, en ook van artikel 2:328 lid 1 tweede volzin en het voorgestelde artikel 333g lid 1, is te bewerkstelligen dat de verkrijgende vennootschap geen aandelen uitreikt voor een hoger nominaal bedrag dan de waarde van wat zij in ruil daarvoor krijgt. Omgekeerd mag de waarde van de inbreng wel hoger

liggen dan de nominale waarde van de uit te reiken aandelen: dat is dan agio. Bij het nemen van aandelen is uitgangspunt dat inbreng in geld geschiedt, en dat andere inbreng naar economische maatstaven wordt gewaardeerd.

In de verklaring behoeft de accountant niet aan te geven wat het concrete bedrag is waartegen aandeelhouders zijn uitgetreden. Dat kan hij ook niet, zoals de leden van de fractie van het CDA terecht aangeven; ofschoon het voorgestelde artikel 333d onder f wel bepaalt dat een voorstel voor de hoogte van de schadeloosstelling moet worden gedaan, behoeft dat niet de uiteindelijk te betalen schadeloosstelling te zijn. De accountant moet in zijn verklaring alleen de wat men zou kunnen noemen «bandbreedte» aangeven, dat wil zeggen, de ruimte die er gelet op de nominale waarde van de uit te reiken aandelen is voor uittreding. Dat is te berekenen. Bij de fusie ontstaat één eigen vermogen dat wordt gevormd door de som van de eigen vermogens van de fuserende vennootschappen. Die laatste som is voor de accountants vast te stellen op basis van de bestaande jaarrekeningen. Het nominale te storten bedrag op de aandelen die de aandeelhouders verkrijgen, is uit het fusievoorstel af te leiden; dat fusievoorstel omvat tevens het bedrag (van ten hoogste 10%) dat aandeelhouders betaald zullen krijgen indien de ruilverhouding ertoe leidt dat zij geen recht hebben op aandelen. Uit de statuten kan hij verder afleiden welke meerderheid vereist is voor de goedkeuring van de fusie, en daarmee wat de grootst mogelijke minderheid is die kan uittreden zonder het besluit tot fusie zelf in gevaar te brengen (stemmen te veel aandeelhouders tegen, dan wordt het besluit immers in het geheel niet genomen). Tegenover hun uittreden staat dat daarvoor ook geen aandelen behoeven te worden uitgereikt. Hoeveel aandelen dat zou kunnen betreffen, kan worden vastgesteld op basis van de ruilverhouding voor die aandelen. Die ruilverhouding verandert op zichzelf evenwel niet, juist omdat tegenover het niet uitreiken van de aandelen de betaling staat. Ook de verhouding tussen de groepen aandeelhouders van de fuserende vennootschappen wijzigt niet.

Met de formulering «Hij moet (...) verklaren dat» in de aanhef van artikel 328 lid 1 tweede volzin wordt aangegeven dat de accountant geen negatieve verklaring kan afleggen; indien hij dit niet kan verklaren, zal de accountant zich van het geven van een verklaring onthouden en kan de akte niet worden gepasseerd omdat de daarvoor benodigde gunstige verklaring ontbreekt. Men vergelijk de parlementaire geschiedenis van het voorschrift van artikel 2:318 jo. 2:328 lid 1 BW (Kamerstukken I 16 453) en zie hierover ook Van Schilfgaarde/Winter, *Van de bv en de nv*, 14e druk 2006 op p. 68 en volgende.

In het algemeen verwacht ik dat het bestuur van de fuserende vennootschap terstond na de algemene vergadering zal trachten met de tegenstemmende minderheidsaandeelhouders die willen uittreden tot overeenstemming te komen voordat de fusie een feit is. Het wetsvoorstel biedt een uitweg voor die gevallen waarin een en ander nog niet voor alle minderheidsaandeelhouders naar tevredenheid is afgewikkeld in het voorgestelde artikel 333i. Denkbaar is dus dat de fusie wordt voltooid voordat de schadeloosstelling is vastgesteld cq dat uiteindelijk in een bepaald geval een hogere schadeloosstelling wordt overeengekomen dan het bedrag waarop de accountant zijn berekening baseerde. Dan kan naderhand komen vast te staan dat het bedrag van de schadeloosstelling het voor uitkering vatbare eigen vermogen overschrijdt, en er dus een tekort ontstaat. Aan de geldigheid van de accountantsverklaring en van het fusiebesluit doet dat niet af. Wel is dan op de Nederlandse verkrijgende vennootschap artikel 2:105/216 BW van toepassing, die ten doel hebben het vermogen in stand te houden en te zorgen dat het niet daalt

tot onder de grens van het gestorte kapitaal (vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserves). Een regeling van kapitaalbescherming voorkomt niet dat er verliezen kunnen worden geleden, maar brengt wel met zich dat er geen uitkeringen aan aandeelhouders kunnen worden gedaan totdat het tekort, kortweg, is aangezuiverd.

Aandeelhouder

De leden van de fractie van het CDA vroegen of voor de toepassing van artikel 333g lid 2 onder aandeelhouder mede moet worden begrepen de houder van een beperkt recht op een aandeel, waarop het stemrecht is overgegaan, meer in het bijzonder of voor de besluitvorming over het achterwege laten van de in dit artikel genoemde verklaring van de accountant ook de instemming van deze (bijvoorbeeld pand-)houder is vereist. Het recht om in te stemmen met een besluit als bedoeld in artikel 333g, en meer in het algemeen het recht om het stemrecht op een aandeel uit te oefenen, kan niet worden uitgeoefend door zowel de aandeelhouder als de pandnemer. Beider toestemming is dus niet vereist. De wet regelt ten aanzien van de vraag wie gerechtigd is deel te nemen aan de besluitvorming het volgende. Het vestigen van een pandrecht op de aandelen brengt niet van rechtswege met zich dat de pandhouder treedt in de (stem)rechten van de pandgever: men vergelijk artikel 3:247 jo 2:98 lid 2 BW. De pandhouder zonder stemrecht kan zich wel beroepen op de rechten die een certificaathouder toekomen, bijvoorbeeld het recht om de algemene vergadering bij te wonen. Het stemrecht op verpande aandelen blijft dan bij de aandeelhouder berusten, ook ten aanzien van het recht om af te zien van een accountantsverklaring. Partijen kunnen binnen de in artikel 2:89 BW resp. 2:198 BW aangegeven grenzen evenwel anders overeenkomen. De pandhouder oefent dan in plaats van de aandeelhouder het stemrecht uit.

Uittreedrecht minderheidsaandeelhouders/zekerheidsstelling/ artikel 10 lid 3

De leden van de fractie van het CDA vroegen nogmaals aandacht voor de situatie waarbij de grondslagen waarop de schadeloosstelling worden bepaald, afwijken van de grondslagen waarop de ruilverhouding is gebaseerd. Deze leden meenden dat dat er toe kan leiden dat de aandeelhouders van één van de vennootschappen naar verhouding te veel aandelen verkrijgen. Deze leden vroegen of een fusie doorgang kan vinden indien de uitgangspunten ter bepaling van de ruilverhouding door de schadeloosstelling niet langer juist zijn, en indien dit niet wenselijk zou zijn, welke maatregelen dan genomen moeten worden om de onwenselijke gevolgen weg te nemen.

De grondslag van de schadeloosstelling zal in het algemeen gebaseerd zijn op de waarde van het aandeel in de verdwijnende vennootschap voorafgaand aan de fusie. De te verwachten effecten van de fusie worden daarin niet verdisconteerd. De waarde voorafgaand aan de fusie is ook van belang voor de ruilverhouding zoals die in het fusievoorstel wordt opgenomen, maar hoeft daaraan niet identiek te zijn. Bij het bepalen van de ruilverhouding pleegt men uit te gaan van een aantal min of meer objectief vast te stellen factoren, waaronder de rentabiliteit van de betrokken vennootschappen en de intrinsieke waarde van de aandelen. Bij het bepalen van de ruilverhouding kan ook worden gekeken naar verwachtingen over de synergie die ontstaat door de fusie. Hoe de ruilverhouding precies tot stand is gekomen, deelt het bestuur van elk van de fusierende vennootschappen afzonderlijk op grond van artikel 2:327 BW mee in de toelichting op het fusievoorstel.

De schadeloosstelling heeft op de ruilverhouding geen invloed. Indien men gelet op zowel de waarde van de eigen deelneming als de waarde

van de aandelen in relatie tot de waarde van de aandelen in de fusiepartner recht heeft op bijvoorbeeld twee aandelen voor iedere vijf aandelen in de verdwijnende vennootschap, terwijl de ruilverhouding bij de fusiepartner is vastgesteld op vier aandelen voor elke vijf aandelen in die vennootschap, dan wijzigt die ruilverhouding zelf niet als enkele aandeelhouders er voor kiezen om de twee aandelen niet uitgereikt te krijgen, omdat ook de vijf «aan te leveren» aandelen vervallen. In andere landen kan de ruilverhouding wel worden aangepast, maar daar is dan geen sprake van uittreding: de minderheidsaandeelhouder ontvangt aandelen in de verkrijgende vennootschap volgens een andere verhouding dan voorgesteld, maar treedt niet uit en ontvangt ook geen betaling. De leden van de fractie van het CDA plaatsten enkele kanttekeningen bij de overwegingen rond de gebondenheid van de Nederlandse verkrijgende vennootschap en haar aandeelhouders aan een betalingsverplichting die het gevolg kan zijn van toepassing van een buitenlandse regeling over aanpassing van de ruilverhouding, met het bestaan waarmee in artikel 10 lid 3 van de richtlijn rekening is gehouden. Deze leden vroegen waarop dit standpunt berust nu een wettelijke regeling ontbreekt. De leden van de fractie van het CDA stelden dat de indruk wordt gewekt dat dit onderwerp in het fusievoorstel kan worden ondervangen en wilden weten hoe de kwestie zou moeten worden geregeld in het fusievoorstel.

De verwijzing naar het fusievoorstel in de memorie van antwoord ziet op het geval dat artikel 333h wordt toegepast, ofwel dat wordt aangegeven wat de voorgestelde hoogte is van de schadeloosstelling voor aandeelhouders (die tegen de fusie stemmen, waarna deze (ingevolge de wens van de meerderheid) toch doorgang vindt. De regeling dient ter bescherming van de minderheidsaandeelhouders; naar dergelijke bepalingen wordt in artikel 10 lid 3 richtlijn in algemene zin verwezen. Voor alle bepalingen die ten doel hebben om minderheidsaandeelhouders te beschermen en waarbij is bepaald dat een procedure niet behoeft te zijn voltooid voordat de fusie een feit is, geldt ingevolge datzelfde artikellid dat de andere fuserende vennootschappen de mogelijkheid aanvaard moeten hebben dat op zo'n procedure een beroep wordt gedaan. In Nederland heeft die bescherming de vorm gekregen van een schadeloosstelling, waarbij de aandeelhouder uittreedt en de ruilverhouding niet wordt aangepast. Bij een grensoverschrijdende fusie waarbij een Nederlandse vennootschap met minderheidsaandeelhouders betrokken is, zal het bestuur van de Nederlandse vennootschap in het overleg met de buitenlandse fusiepartner melding maken van hetgeen wordt geëist door artikel 333 e onder f. Bij het overleg over het opstellen van het fusievoorstel raakt men dus vanzelf aan de vraag op welke wijze de buitenlandse fusiepartner het beste gevolg kan geven aan de eis vervat in artikel 333i lid 4. Die werkwijze behoeft in het fusievoorstel niet te worden opgenomen.

In bijvoorbeeld Duitsland heeft die bescherming de vorm gekregen van een aanpassing van de ruilverhouding, waarbij de minderheidsaandeelhouder wel aandeelhouder wordt van de verkrijgende vennootschap, maar een andere hoeveelheid aandelen krijgt in ruil voor zijn deelneming dan in het fusievoorstel voorzien. In dat geval is er geen sprake van een betalingsverplichting, maar van het op een andere wijze verdelen van de aandelen in de verkrijgende vennootschap. Hoe dat moet geschieden, zal moeten worden bepaald in het rechterlijk vonnis dat ingevolge deze buitenlandse procedure wordt gewezen en waaraan de verkrijgende vennootschap moet voldoen. Een Nederlandse uitvoeringsregeling waarbij ook de verplichtingen van de aandeelhouders ingevolge het vonnis worden vastgelegd (bijvoorbeeld een voorschrift dat de aandeelhouders moeten meewerken aan het intrekken en opnieuw, maar nu in een andere verhouding, toekennen van de aandelen) is wel overwogen, maar niet sluitend te maken nu niet op voorhand te voorspellen valt welke

stappen krachtens het buitenlandse rechterlijke vonnis moeten worden genomen.

De leden van de fractie van het CDA vroegen nogmaals of voldoende is verzekerd dat de verkrijgende vennootschap de verplichting tot betaling zal moeten nakomen, en meenden dat de gevraagde zekerheid er niet is nu het kennelijk de fuserende vennootschappen vrijstaat van de geboden gelegenheid al dan niet gebruik te maken.

Ik deel de constatering van de leden van de fractie van het CDA niet. Artikel 333 i lid 4 is zo geredigeerd dat de fusie alleen doorgang kan vinden als er geen beroep wordt gedaan op schadeloosstelling, de schadeloosstelling is betaald of de fuserende vennootschappen hebben besloten dat de verkrijgende vennootschap de schadeloosstelling moet voldoen. Dat is geenszins vrijblijvend. Het voorgestelde artikel bepaalt evenwel niet precies op welke wijze de fuserende vennootschappen het besluit moeten nemen. Denkbaar is dat naar buitenlands recht het besluit wordt genomen door een gewone meerderheid van de aandeelhouders, door een versterkte meerderheid, of wellicht door het bestuur. Omdat het gaat om interne besluitvorming van een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat, geeft het Nederlands recht geen vormvoorschriften.

Medezeggenschap

De leden van de CDA-fractie constateerden nog een onduidelijkheid met betrekking tot de artikelen 1:7 en 1:34 Wet rol werknemers bij Europese vennootschappen.

Indien er onderhandeld wordt over medezeggenschap na een grensoverschrijdende fusie, is de Wet rol werknemers van toepassing. Heeft de verkrijgende vennootschap in Nederland haar statutaire zetel, dan is Nederlands recht van toepassing op de onderhandelingsprocedure. Dit is geregeld in art. 1:7 Wet rol werknemers. Uit de memorie van toelichting bij de Wet rol werknemers kan worden herleid dat dan gedacht kan worden aan een beroep op dwaling en bedrog. De relevante bepalingen uit Boek 6 BW zijn dan van toepassing. Heeft de verkrijgende vennootschap haar zetel in een andere lidstaat, dan is Nederlands recht (vanzelfsprekend) niet van toepassing op de onderhandelingsprocedure over medezeggenschap. Art. 1:7 Wet rol werknemers is overigens de implementatie van art. 6 van de richtlijn rol werknemers bij een Europese vennootschap (2001/86/EG). In art. 16 lid 3 sub d van de richtlijn grensoverschrijdende fusies wordt dit artikel van overeenkomstige toepassing verklaard. Voor de aanwijzing en verkiezing van Nederlandse leden van de bijzondere onderhandelingsgroep geldt dat altijd de procedure gevolgd wordt als geschetst in art. 1:10 leden 2 t/m 7 Wet rol werknemers. Waar de vennootschap haar zetel heeft, is niet relevant. Zo zal het Italiaanse recht gelden voor de aanwijzing van Italiaanse leden van de bijzondere onderhandelingsgroep. Art. 1:10 Wet rol werknemers is overigens de implementatie van art. 3 lid 2 sub b van de richtlijn rol werknemers bij een Europese vennootschap. In art. 16 lid 3 sub a van de richtlijn grensoverschrijdende fusies wordt dit artikel van overeenkomstige toepassing verklaard.

De leden van de CDA-fractie menen dat uit de tekst van art. 1:10 Wet rol werknemers niet kan worden herleid dat dit artikel ook toegepast kan worden wanneer een buitenlandse vennootschap de verkrijgende vennootschap is. Ik ben van mening dat dit wel het geval is, en dat dit blijkt uit lid 1. Hierin wordt vermeld dat elk lid van de bijzondere onderhandelingsgroep wordt gekozen of aangewezen overeenkomstig het recht van of de praktijk in de lidstaat waaruit hij wordt afgevaardigd. De leden 2 tot en met 7 beschrijven de procedure voor aanwijzing of verkiezing van de Nederlandse leden van de bijzondere onderhandelingsgroep;

ongeacht of de verkrijgende vennootschap haar zetel heeft in Nederland of in een andere lidstaat.

De leden van de fractie van de PvdA stelden aanvullende vragen over de implementatie van artikel 16 van de richtlijn. Ook de leden van de fractie van het CDA vroegen hiervoor nogmaals aandacht. De leden van de fractie van de PvdA betoogden dat het, mede geleet op de tekst van het artikel en de considerans, de bedoeling is geweest van het Europees Parlement dat werknemers van een verdwijnende vennootschap geen medezeggenschapsrechten verliezen die zij onder het vigerende nationale recht wel hadden, althans niet zonder onderhandelingen. Deze leden vroegen waarom – indien punt b inderdaad niet cumulatief moet worden gelezen –, punt b niet is opgenomen in het voorgestelde artikel, ook niet in niet-cumulatieve zin. Deze leden meenden dat daarmee het voorgeschreven richtlijnresultaat – onderhandelen, als buitenlandse werknemers vennootschappelijke medezeggenschap verliezen, aldus deze leden – niet wordt bereikt en of ik dus voor infractieprocedures vrees. Ook vroegen zij of ik het bezwaarlijk acht dat Oostenrijkse werknemers die in een Oostenrijkse vennootschap *Mitbestimmungs*rechten hadden, deze niet meer zullen hebben in de Nederlandse verkrijgende (structuur)vennootschap, noch daarover kunnen onderhandelen. De aan het woord zijnde leden vreesden op dit punt ook voor een infractieprocedure en vroegen of ik kan garanderen dat dat niet gebeurt. Deze leden drongen er op aan nader te overleggen met de juridische dienst van de Raad danwel de Commissie, teneinde daarover enige zekerheid te verkrijgen.

De regeling voor de toepassing van de medezeggenschap is een uiterst lastige en gecompliceerde materie. In de onderhandelingen – die indertijd voor een belangrijk deel onder Nederlands voorzitterschap plaatsvonden – is bij voortduring door lidstaten melding gemaakt van de eerste ervaringen met de medezeggenschapsregelingen (in de Europese Vennootschap) en de daarmee samenhangende wens om in de richtlijn voor een aantal geconstateerde uitvoeringsproblemen oplossingen te vinden. Vooral fusies in het «kleinere» bedrijfsleven zouden zo mogelijk zonder onderhandelingen over de medezeggenschap moeten kunnen plaatsvinden, niet om op die manier medezeggenschap te ontwijken, maar omdat het onderhandelingsproces inclusief de samenstelling van de bijzondere onderhandelingsgroep en het tijdpad – tot een jaar – als onevenredig zwaar werd gezien bij kleinere bedrijven. Daarom is in het artikel het onderscheid 500 werknemers of meer aangebracht: alleen indien meer dan 500 werknemers zijn betrokken en deze medezeggenschap kenden, zijn onderhandelingen altijd voorgeschreven. Daarbij is tevens in ogenschouw genomen dat andere vormen van samenwerking, zoals overname of verkoop van een bedrijfsonderdeel, ook tot verlies van medezeggenschap kunnen leiden. Ik kan dan ook niet bevestigen dat de opzet van de Europese wetgever is geweest te voorkomen dat er enig verlies aan medezeggenschap plaatsvindt als gevolg van een fusie, of dat, in geval van zo'n verlies voor buitenlandse werknemers, er altijd moet worden onderhandeld. Dat spoort niet met de gemaakte keuze om die onderhandelingen te beperken en daarbij de grens te leggen bij de grootte van de betrokken vennootschappen. Geen verlies is ook anderszins niet te garanderen: bij overname van een structuurvennootschap door een buitenlands concern zijn er ook gevolgen voor de medezeggenschap.

Met het voorgestelde artikel is getracht op een zo heldere en bruikbaar mogelijke wijze uitvoering te geven aan het ingewikkeld geformuleerde artikel 16 van de richtlijn.

Met het oog op gebruiksvriendelijkheid, duidelijkheid en inpasbaarheid van de Europese verplichtingen, is bij omzetting veel aandacht

geschonken aan de verhouding met de in Nederland gebruikte terminologie en de wijze waarop de bepalingen in de Nederlandse rechtspraak uitvoering hebben gevonden. Ik meen dat met het voorgestelde artikel een regeling is getroffen waardoor in die gevallen waarin sprake is van botsende medezeggenschapsregelingen (waaronder ik ook versta het samengaan van vennootschappen uit landen met en zonder traditie) de in Nederland gehanteerde medezeggenschapsregelingen, die als van zeer hoog niveau mogen worden beschouwd, ook na de fusie veelal van toepassing zullen zijn. Indien bijvoorbeeld wordt besloten tot een juridische fusie tussen een Oostenrijkse AG met *Mittbestimmung* en een Nederlandse structuurvennootschap, waarbij de Nederlandse vennootschap de verkrijgende vennootschap is, worden de Oostenrijkse werknemers werknemer van de Nederlandse structuurvennootschap en profiteren zij rechtstreeks van de voorschriften over o.a. samenstelling en bevoegdheden van de raad van commissarissen.

Met de leden van de fractie van de PvdA ben ik het eens dat het eenvoudiger ware geweest de tekst van artikel 16 rechtstreeks in de voorgestelde wet op te nemen. Een aantal lidstaten heeft dat gedaan; de leden van de fractie van de PvdA geven daarvan voorbeelden. Dat is ook, zo moet ik de leden van de fractie van de PvdA antwoorden, waarom er aarzeling bestaat de materie aan de Europese Commissie voor te leggen; op ambtelijk niveau pleegt men slechts daar waar de terminologie letterlijk is gevolgd aan te (kunnen) geven dat een en ander naar het oordeel van de Commissieambtenaren juist is uitgevoerd. De voorspelbaarheid en herkenbaarheid van het resultaat – een medezeggenschapsregeling die in Nederland goed is ingebed en waar belanghebbenden en, zo nodig, de rechter mee kunnen omgaan – draagt naar ik verwacht ook bij aan het vergroten van de aantrekkingskracht van Nederland als land van vestiging voor de uit de fusie ontstane vennootschap. Voorgesteld wordt om op basis van deze, in het licht van de onderhandelingen en de bescherming van het Nederlandse medezeggenschapsstelsel goed verdedigbare, uitleg ervaring op te doen met de regeling. Mocht een en ander aanleiding zijn voor praktijkproblemen, dan kan de keuze worden heroverwogen.

Enkele fiscale vragen

De leden van de VVD-fractie verzoeken om een reactie op de kanttekeningen inzake de heffing van omzetbelasting en de loonheffing in het artikel «Grensoverschrijdende juridische fusie, fiscale aspecten» van mr.dr.s. P. Simonis in het tijdschrift Fiscaal ondernemingsrecht 2007/126. De schrijver hanteert bij de heffing van omzetbelasting als uitgangspunt dat sprake is van de levering van goederen en dat onder omstandigheden artikel 31 van de Wet op de omzetbelasting 1968 toepassing kan vinden. Hij maakt in dat verband een drietal kanttekeningen. Vooropgesteld wordt dat de BTW-richtlijn 2006 niet verplicht tot voornoemde regeling, maar dat het hier een facultatieve bepaling betreft. Nederland heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en de zogeheten doorschuiffaciliteit opgenomen in voornoemd artikel 31.

Als eerste geeft Simonis aan dat artikel 31 alleen aan de orde komt als sprake is van overdracht van een algemeenheid van goederen door een ondernemer aan een andere ondernemer. Op zich is dat juist. Overigens zal bij levering van goederen door een niet-ondernemer geen heffing plaatsvinden, omdat alleen de levering van goederen door een ondernemer is belast. Bij de levering van een algemeenheid van goederen door een ondernemer aan een niet-ondernemer, zal er vanuit moeten worden gegaan dat de verkrijgende vennootschap de activiteiten van de verdwijnende vennootschap zal voortzetten en aldus ten minste deels als ondernemer moet worden aangemerkt. Hierbij zal laatstgenoemde verkrijger

voor de berekening van de belasting die hij na de overdracht verschuldigd is, tevens geacht te zijn getreden in de plaats van de verkoper.

Ten tweede vraagt Simonis zich af wat bij een grensoverschrijdende fusie, zonder dat sprake is van een vaste inrichting in Nederland, de verhouding is tussen toepassing van meergenoemd artikel 31 en de regels inzake de intracommunautaire transacties. Gelet op de vraagstelling gaat de auteur er kennelijk van uit dat de betreffende goederen in het kader van de levering feitelijk worden overgebracht (verzonden of vervoerd) naar een andere lidstaat en zodoende niet langer in Nederland bevinden. In die visie zal dan in die andere lidstaat een zogenoemde verwerving van goederen moeten plaatsvinden. De verwerving, het gebruik en de feitelijke exploitatie van die overgebrachte goederen en de daaraan te verbinden gevolgen behoren alsdan tot het rechtsgebied van die andere lidstaat. Zowel toepassing van artikel 31 als toepassing van de regels inzake de intracommunautaire transacties leidt door de aftrek van voorbelasting de facto niet tot de heffing van omzetbelasting. De gestelde spiegelbeeld situatie zou in Nederland leiden tot een verwerving van goederen met de daarbij passende gevolgen voor onder andere de aftrek van voorbelasting. Is in verband met een juridische fusie geen sprake van de levering van goederen, dan leidt de overbrenging van de goederen naar een andere lidstaat tot de zogenoemde fictieve levering en een fictieve verwerving in de andere lidstaat. Afhankelijk van het tijdstip van overbrenging is sprake van verwerving bij de verdwijnende vennootschap dan wel de fusievennootschap. Ook dan zullen de normale regels inzake de aftrek van belasting gelden.

De derde kanttekening van de schrijver ziet op de situatie dat de goederen naar een derde-land worden verzonden of vervoerd. Het vorenstaande is dan van overeenkomstige toepassing, zij het dat bij export naar een derde-land geen sprake is van verwerving in dat land, maar van invoer aldaar. Bij het brengen van goederen vanuit een derde-land naar Nederland is sprake van invoer (en niet van verwerving).

Ten aanzien van de loonheffing zou het zo kunnen zij dat opnieuw de identiteit van alle werknemers zou moeten worden vastgelegd in de loonadministratie. In het artikel van Simonis wordt de vraag gesteld of in deze verplichting geen belemmering van de vrijheid van vestiging besloten ligt. In geval van een fusie van twee (doorgaans in Nederland gevestigde) inhoudingsplichtigen kan immers een beroep worden gedaan op artikel 27e van de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) en artikel 79a van de Uitvoeringsregeling loonbelasting 2001 (UR LB 2001).

Ter zake van het punt van het voldoen aan administratieve verplichtingen van artikel 65 en 66 van de Uitvoeringsregeling loonbelasting 2001 (UR LB 2001) in geval van juridische fusie met een buitenlandse vennootschap het volgende. In de wet is opgenomen dat de inspecteur op verzoek een aantal inhoudingsplichtigen die tegelijkertijd aangiften doen, onder door hem te stellen voorwaarden, aan kan wijzen als een samenhangende groep inhoudingsplichtigen. In dat geval behoeft bij overgang van werknemers tussen die inhoudingsplichtigen niet (opnieuw) te worden voldaan aan de verplichtingen opgenomen in artikel 65 en 66 UR LB 2001. Op deze wijze worden de administratieve lasten beperkt. Deze regeling zou, zo wordt gesteld in het artikel, niet kunnen gelden voor een fusie met een buitenlandse vennootschap waardoor dit belemmerend zou kunnen werken op de vrijheid van vestiging. De regeling van artikel 79a UR LB 2001, dat niet behoeft te worden voldaan aan de verplichtingen van artikel 65 en 66 UR LB 2001, geldt in het geval beide vennootschappen vóór of met ingang van de overgang van de werknemers van de ene vennootschap naar de andere vennootschap (al dan niet in het kader van een juridische fusie) behoren tot een samenhangende groep inhoudingsplichtigen in de zin van artikel 27e Wet LB 1964. De buitenlandse vennootschap die de werknemers overneemt kan, vanaf het moment dat hij inhoudingsplichtige wordt, tot die groep gaan behoren door aanwijzing door de

inspecteur. De reeds bestaande samenhangende groep inhoudingsplichtigen wordt in dat geval, met ingang van de overgang van de werknemers in het kader van die grensoverschrijdende fusie, dienovereenkomstig aangepast. Een dergelijke aanwijzing door de inspecteur dient overigens ook plaats te vinden bij een binnenlandse inhoudingsplichtige die voor de fusie nog niet tot de groep behoorde. Na aanwijzing door de inspecteur, behoort de buitenlandse inhoudingsplichtige tot de samenhangende groep vanaf het moment dat hij inhoudingsplichtig wordt, waardoor hij op grond van artikel 79a UR LB 2001 ook niet (opnieuw) hoeft te voldoen aan de verplichtingen van artikel 65 en 66 UR LB 2001. Vanuit deze optiek bezien is er geen belemmering van de vrijheid van vestiging.

In het artikel maakt Simonis ten slotte nog een opmerking over door een Nederlandse besloten vennootschap naar het buitenland uitgezonden personeel. Na fusie met een AG naar Duits recht worden zij geacht door een Duitse AG uitgezonden te zijn, hetgeen (zo wordt gesteld) tot een andere verdeling van heffingsbevoegdheden over de betrokken lidstaten kan leiden.

Zowel Duitsland als Nederland beschouwen ten aanzien van uitgezonden werknemers (ongeacht of dat door de BV – of daarna – door de AG gebeurt) de inlener doorgaans – ook voor de toepassing van de belastingverdragen – als werkgever. In die gevallen komen de inkomsten uit dienstbetrekking vrijwel steeds ter belastingheffing toe aan de staat waar de inlener/werkgever is gevestigd. De omstandigheid dat de uitlener fuseert is daarop niet van invloed. Als de voorwaarden waaronder de uitzending plaatsvindt (zie BNB 2007/75) echter zodanig zijn dat de in Nederland gevestigde vennootschap ook voor toepassing van het belastingverdrag als werkgever wordt aangemerkt, dan hangt het van het aantal in een derde land verbleven dagen af (langer dan 183 dagen of minder) of het derde land (aannemende dat dat ook een lidstaat van de EU is) al of niet een heffingsrecht toekomt met betrekking tot de inkomsten uit dienstbetrekking die aan die dagen zijn toe te rekenen. Daar verandert een fusie tussen een vennootschap naar Nederlands recht en een Duitse AG niets aan. De verdeling van heffingsrechten zou wel kunnen veranderen (en alleen in deze situatie) als de beloningen van naar Duitsland uitgezonden werknemers voortaan niet meer ten laste komen van de Nederlandse vaste inrichting, maar van de in Duitsland gevestigde AG zelf. De verschuiving in heffingsrechten is dan evenwel niet het gevolg van de fusie, maar van het verschuiven van de loonkosten van de Nederlandse vaste inrichting naar het Duitse hoofdkantoor.

Voorts geeft Simonis in zijn artikel het voorbeeld van een Nederlandse bv die grensoverschrijdend fuseert met een Duitse AG, waarbij in Nederland een vaste inrichting achterblijft. Op verzoek worden verrekenbare verliezen van de bv meegegeven aan de AG, zodat verrekening kan plaatsvinden met latere vaste inrichtingwinsten, voor zover die aan de overgedragen onderneming van de bv toerekenbaar zijn. De leden van de VVD-fractie delen de mening van de auteur dat een partiële afrekening bij een juridische fusie, voor zover er sprake is van verrekenbare verliezen, de regeling een stuk flexibeler maakt.

De faciliteit van de juridische fusie is er op gericht om rechtspersonen te laten fuseren zonder fiscale belemmeringen. De winst die behaald wordt als gevolg van de juridische fusie hoeft niet aanmerking te worden genomen als aan bepaalde vereisten wordt voldaan. De fiscale begeleiding van de juridische fusie is er op gericht dat de verkrijgende rechtspersoon de fiscale positie overneemt van de verdwijnende rechtspersoon. Dit betekent dat de verkrijgende rechtspersoon de boekwaarde van de verkregen vermogensbestanddelen overneemt, en dat de verrekenbare verliezen van de verdwijnende rechtspersoon kunnen worden meegegeven aan de verkrijgende rechtspersoon en binnen de daarvoor geldende termijnen kunnen worden verrekend met latere winst van de verkrijgende rechtspersoon, voor zover die winst kan worden toegerekend

aan de verkregen vermogensbestanddelen. Aan de beoogde doelstelling (geen fiscale belemmeringen opwerpen voor een juridische fusie) wordt voldaan door de heffingsclaim door te schuiven en de verliezen mee te geven. De fiscale begeleiding is er niet op gericht om een gunstiger regime te creëren vergeleken met de situatie waarin niet gefuseerd wordt. Indien partiële afrekening mogelijk zou zijn, zou dit betekenen dat verliezen worden verrekend, terwijl dit zonder fusie pas later of wellicht niet mogelijk zou zijn. Het past dan ook niet binnen de wijze waarop de fiscale begeleiding van een juridische fusie plaatsvindt en de wettelijke termijnen die voor verliesverrekening gelden, om een partiële afrekening mogelijk te maken.

Tot slot verzoeken de leden van de VVD-fractie om commentaar op de vraag waarom de artikelen 5a en 5b Uitvoeringsbesluit WBR verschillende voorwaarden kennen en of dat onderscheid wel mag worden gemaakt. In artikel 15, eerste lid, onderdeel h van de Wet op belastingen van rechtsverkeer is onder andere de vrijstelling bij fusie en interne reorganisatie opgenomen. In het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer zijn voorts nadere voorwaarden bij deze vrijstellingen opgenomen. Beide vrijstellingen verschillen zo van elkaar dat een verschil in nadere voorwaarden gerechtvaardigd is. Daar waar bijvoorbeeld de interne reorganisatievrijstelling ziet op verkrijging van onroerende zaken binnen het concern, hoeft hier bij de fusievrijstelling geen sprake te zijn. Het is daarom nodig de nadere voorwaarden volledig toe te spitsen op de betreffende vrijstelling.

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin