

Vergaderjaar 2007–2008

31 334

Uitvoering van richtlijn nr. 2007/63/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 november 2007 tot wijziging van Richtlijn nr. 78/855/EEG van de Raad en Richtlijn nr. 82/891/EEG van de Raad wat betreft de verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies of splitsingen van naamloze vennootschappen

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

1. Algemeen

Het advies van de Raad van State wordt niet openbaar gemaakt, omdat het zonder meer instemmend luidt/uitsluitend opmerkingen van redactionele aard bevat (artikel 25a, vierde lid, onderdeel b, van de Wet op de Raad van State)

Met dit wetsvoorstel wordt richtlijn nr. 2007/63/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 november 2007 tot wijziging van richtlijn nr. 78/855/EEG van de Raad en richtlijn nr. 82/891/EEG van de Raad wat betreft de verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies of splitsingen van naamloze vennootschappen (PbEU L 300), hierna: de richtlijn, uitgevoerd¹.

Fusie is de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van deze het gehele vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt of waarbij een nieuwe rechtspersoon wordt opgericht die het gehele vermogen van de fuserende rechtspersonen onder algemene titel verkrijgt (artikel 2:309 BW). Splitsing is de rechtshandeling waarbij – samengevat – het geheel of een deel van het vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel wordt verkregen door – afhankelijk van de vorm van de splitsing – een of meer andere rechtspersonen (artikel 2:334a BW).

In Nederland is de rechtshandeling van de fusie en de splitsing voor verschillende rechtspersonen opengesteld (vgl. artikel 2:308 BW). Naast algemene bepalingen omtrent fusies (artikel 2:309–323 BW) zijn er bijzondere bepalingen voor fusies van naamloze en besloten vennootschappen bepaald in aansluiting op de fusierichtlijn (artikel 2:324–334 BW).

Eenzelfde opzet bestaat voor de splitsing van rechtspersonen. Er zijn algemene bepalingen omtrent splitsingen (artikel 2:334a–334u BW) en bijzondere bepalingen voor splitsingen waarbij een naamloze of besloten vennootschap wordt gesplitst of wordt opgericht (artikel 2:334v–334ii BW). Dat laatste in aansluiting op de splitsingsrichtlijn. De onderhavige richtlijn, die voor de NV is geschreven, wordt uitgevoerd door aanpassing van de bijzondere bepalingen voor de fusie en splitsing van NV's en BV's. Dit betekent dat zowel NV's als BV's kunnen profiteren van de met de richtlijn beoogde versoepeling van de navolgende regeling. Hetzelfde geldt voor de Europese naamloze vennootschap met statutaire zetel in Nederland (vgl. artikel 9 SE-Verordening).

Ten behoeve van een voorgenomen fusie of splitsing stellen de besturen van de betrokken rechtspersonen een voorstel op alsmede een toelichting

¹ Richtlijn nr. 2007/63/EG (PbEU L 300) moet op 31 december 2008 in de nationale regeling zijn omgezet.

waarin wordt ingegaan op de redenen voor de fusie c.q. splitsing met een uiteenzetting van de verwachte gevolgen (artikel 2:312–313 en 334f–334g BW). De aandeelhouders van een fuserende of splitsende rechtspersoon worden in beginsel aandeelhouder van een verkrijgende rechtspersoon (artikel 2:311 en 334e BW). Op grond van de bijzondere bepalingen voor fusies en splitsingen van NV's en BV's wordt het fusievoorstel ten behoeve van de aandeelhouders onderzocht door een accountant. Deze moet verklaren of de voorgestelde ruilverhouding van de aandelen naar zijn oordeel redelijk is (artikel 2:328 lid 1, eerste volzin en 334aa lid 1 BW). Ook moet de accountant zijn oordeel geven over verschillende verklaringen van het bestuur over de ruilverhouding zoals opgenomen in de toelichting op het voorstel (artikel 2:328 lid 2 en 334aa lid 3 BW).

De richtlijn maakt het mogelijk om af te zien van het hiervoor genoemde onderzoek van het fusievoorstel en de verklaring over de ruilverhouding door een accountant, onder de voorwaarde dat alle aandeelhouders van de betrokken vennootschappen daarmee instemmen. Met deze mogelijkheid wordt beoogd de administratieve lasten bij fusies en splitsingen te verminderen. In overweging 4 van de richtlijn is ten overvloede opgemerkt dat uitsluitend van het desbetreffende onderzoek en verslag ten behoeve van de aandeelhouders kan worden afgezien. De richtlijn raakt niet aan de positie van de schuldeisers en de werknemers in het geval van een fusie of splitsing.

De onderhavige wijziging van de fusie- en splitsingsrichtlijnen is gebaseerd op artikel 8 lid 4 van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L 310), dat een vergelijkbare regeling bevat. Die regeling is uitgevoerd met artikel 2:333g BW (Kamerstukken II, 2006–2007, 30 929). Het onderhavige wetsvoorstel sluit inhoudelijk zoveel mogelijk bij de desbetreffende bepaling aan.

De Commissie vennootschapsrecht heeft geen opmerkingen gemaakt ten aanzien van het wetsvoorstel.

2. Administratieve lasten

De Europese Commissie wijst in overweging 1 van de richtlijn op het belang van het terugdringen van de administratieve lasten voor ondernemingen. Zij heeft onderzocht in hoeverre de richtlijn kan leiden tot een vermindering van die lasten (SEC (2007) 298). De Commissie heeft daarbij onderkend dat het aantal NV's en het aantal fusies en splitsingen binnen de Europese Unie sterk uiteen lopen. Voor Nederland is de Commissie uitgegaan van 6 027 NV's. Voorts is verondersteld dat in Nederland bijna 1800 fusies van NV's per jaar plaatsvinden. De kosten van het deskundigenverslag per fusie of splitsing zijn door de Commissie op € 3500,- gesteld. Deze kosten kunnen op grond van de richtlijn worden vermeden. De Commissie geeft echter ook aan dat het moeilijk is in te schatten hoeveel ondernemingen in de praktijk gebruik zullen maken van de mogelijkheid om af te zien van het deskundigenverslag over de ruilverhouding. De Commissie merkt op: «The smaller the number of shareholders a company has, the higher the likelihood that it does not need this report, which means that it is reasonable to assume that SME's, and particularly those with a limited number of shareholders, would gain from such a change» (p. 5).

De cijfers van de Commissie lijken zowel voor wat betreft het aantal NV's in Nederland als het aantal fusies daarvan aan de hoge kant. Bij de nulmeting administratieve lasten voor nationale fusies uit 2005 is uitgegaan van ongeveer 1 100 juridische fusies en 600 splitsingen per jaar. Daarbij moet worden bedacht dat deze cijfers niet alleen refereren aan fusie en splitsing van NV's maar ook van BV's. De kosten verbonden aan het verkrijgen van de desbetreffende accountantsverklaringen zijn gesteld

op € 125,- (vgl. Kamerstukken II, 2006–2007, 30 929, nr. 3, p. 8). Gebaseerd op deze cijfers en ervan uitgaand dat de aanpassing van de richtlijn – naar Nederlands recht – gevolg heeft voor de fusie en splitsing van zowel NV's als BV's, zou de lastenverlichting maximaal € 212 500,- per jaar kunnen bedragen. In werkelijkheid zal de lastenverlichting echter geringer zijn, omdat NV's en BV's uitsluitend van de accountantsverklaring ten aanzien van de ruilverhouding kunnen afzien wanneer alle aandeelhouders van alle bij de fusie of splitsing betrokken rechtspersonen daarmee instemmen. Daar staat tegenover dat de lastenverlichting wellicht bijdraagt aan een groter aantal fusies en splitsingen. Een nauwkeurige schatting is echter niet goed mogelijk, nu het een nieuwe faciliteit betreft. Het Adviescollege toetsing administratieve lasten (ACTAL) heeft het wetsvoorstel niet geselecteerd voor advisering.

2. Artikelen

Artikel I

Onderdeel A

In het geval van een juridische fusie worden de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap in beginsel aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap (artikel 2:311 lid 2 BW). Er vindt een aandelenruil plaats. Ten behoeve daarvan moet een ruilverhouding worden bepaald, gebaseerd op de waarde van de aandelen in de verdwijnende vennootschap in verhouding tot de waarde van de aandelen in de verkrijgende vennootschap.

Artikel 2:328 lid 1 BW houdt in dat een accountant als bedoeld in artikel 2:393 BW voor elke fuserende NV of BV het fusievoorstel onderzoekt en verklaart of de voorgestelde ruilverhouding van de aandelen naar zijn oordeel redelijk is. Op grond van artikel 10 lid 4 van de gewijzigde richtlijn 78/855/EEG kan echter van het onderzoek van het fusievoorstel en van het deskundigenverslag worden afgezien wanneer alle aandeelhouders daarmee hebben ingestemd. Ter uitvoering van deze bepaling wordt aan artikel 2:328 BW een nieuw lid toegevoegd, waarin is bepaald dat de eerste volzin van artikel 2:328 lid 1 en lid 2 BW buiten toepassing blijven indien de aandeelhouders van de fuserende vennootschappen daarmee instemmen. Voor de volledigheid wordt nog opgemerkt dat artikel 10 lid 4 van richtlijn 78/855/EEG voorschrijft dat de instemming van zowel de aandeelhouders als de «houders van andere effecten waaraan stemrecht is verbonden» wordt verkregen voordat kan worden afgezien van het onderzoek van het fusievoorstel en het deskundigenverslag. In de Nederlandse verhoudingen ontbreken echter dergelijke andere effecten, zodat volstaan kan worden met een verwijzing naar de instemming van alle aandeelhouders. Aan certificaten van aandelen is geen stemrecht verbonden. Wel kan een certificaathouder onder omstandigheden in een algemene vergadering als gevolmachtigde stemmen in de plaats van de aandeelhouder (vgl. artikel 2:118a BW).

De instemming van alle aandeelhouders kan blijken uit een daartoe strekkend besluit, met algemene stemmen aanvaard in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd. Ook kunnen alle aandeelhouders hun instemming kenbaar maken via een besluit buiten vergadering (vgl. artikel 2:128 en 238 BW). Voorts is het mogelijk dat iedere aandeelhouder buiten vergadering wordt verzocht in te stemmen. De voorgestelde formulering laat de wijze waarop instemming plaatsvindt vrij, maar verzekert dat iedere aandeelhouder van de bij de fusie betrokken vennootschappen zich in positieve zin moet uitlaten over het achterwege laten van de accountantsverklaring. Naar verwachting zal in de praktijk van deze mogelijkheid gebruik kunnen worden gemaakt

wanneer de kring van aandeelhouders relatief klein is, zoals in concernverhouding.

Wanneer de aandeelhouders afzien van een accountantsverklaring ten aanzien van de ruilverhouding, kan ook artikel 2:328 lid 2 BW buiten toepassing blijven. Op grond van dat artikellid geeft de accountant zijn oordeel over verschillende mededelingen van het bestuur terzake de ruilverhouding zoals opgenomen in de toelichting op het fusievoorstel (artikel 2:327 BW). Het desbetreffende verslag kan achterwege blijven. Het nieuwe artikel 2:328 lid 6 BW geeft dat aan.

Het voorgaande is ook van toepassing in het geval van een driehoeksfusie in de zin van artikel 2:334 BW. Bij een dergelijke fusie worden de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap aandeelhouder van een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap. De aandeelhouders van de groepsmaatschappij zullen alsdan moeten instemmen met het ontbreken van een accountantsverklaring; de groepsmaatschappij wordt aangemerkt als één van de fuserende vennootschappen.

Op grond van artikel 2:328 lid 1, tweede volzin, BW moet een accountant verklaren dat de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennootschappen ten minste overeenkomt met het nominaal gestorte bedrag op de aandelen in de verkrijgende vennootschap, vermeerderd met eventuele bijbetaling in geld. Deze bepaling ziet op kapitaalbescherming en moet voorkomen dat de stortingsplicht op aandelen in de verkrijgende vennootschap wordt omzeild. De desbetreffende accountantsverklaring wordt niet geraakt door de wijziging van de richtlijn.

Onderdeel B

De richtlijn maakt het mogelijk om ook voor de splitsing van NV's en BV's af te zien van een onderzoek van het splitsingsvoorstel door een accountant alsmede van een accountantsverklaring ten aanzien van de ruilverhouding voor de aandelen. Op grond van het gewijzigde artikel 10 lid 1 van richtlijn 82/891/EEG kan het deskundigenonderzoek achterwege blijven wanneer alle aandeelhouders van alle vennootschappen die aan de splitsing deelnemen daarmee hebben ingestemd.

Vergelijkbaar met de regeling voor de juridische fusie houdt artikel 2:334aa lid 1 BW als hoofdregel in dat een accountant moet verklaren of de ruilverhouding van de aandelen redelijk is. Ook moet hij zijn oordeel geven over verschillende mededelingen van het bestuur ten aanzien van die ruilverhouding in de toelichting op het splitsingsvoorstel (artikel 2:334aa jo. 334z BW). Uit een nieuw lid 7 bij artikel 2:334aa BW volgt echter dat van een verklaring van een accountant omtrent de ruilverhouding kan worden afgezien wanneer alle aandeelhouders van alle partijen bij de splitsing daarmee hebben ingestemd. Voor de wijze waarop de instemming kan worden verkregen wordt verwezen naar de toelichting op onderdeel A. Indien de aandeelhouders besluiten dat de accountantsverklaring achterwege kan blijven, geldt dit ook met betrekking tot de mededelingen over de ruilverhouding op grond van artikel 2:334z BW. Om die reden is ook lid 3 van artikel 2:324aa BW buiten toepassing verklaard. Artikel 10 lid 2 van richtlijn 82/891/EEG is aangepast aan het nieuwe eerste lid van datzelfde artikel. Terwijl de richtlijn voorheen slechts een optie inhield om van het deskundigenonderzoek af te zien, moet die mogelijkheid nu door alle lidstaten worden aangeboden. Dat volgt uit artikel 2:334aa lid 7 BW; uitvoering van het bedoelde artikel 10 lid 2 is niet nodig. De mogelijkheid om af te zien van een deskundigenrapport terzake de ruilverhouding geldt ook voor de zogenaamde driehoekssplitsing van artikel 2:334ii BW. Bij een dergelijke splitsing wordt in de akte van splitsing bepaald dat de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder worden van een groepsmaatschappij van een verkrijgende vennootschap. Zij worden dan geen aandeelhouder van de verkrijgende

vennootschap. De groepsmaatschappij treedt op als partij bij de splitsing. Er kan slechts worden afgezien van het deskundigenrapport ten aanzien van de ruilverhouding wanneer de aandeelhouders van de splitsende en de verkrijgende vennootschap daarmee unaniem instemmen en datzelfde geldt voor de aandeelhouders van de groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap.

In verband met de accountantsverklaring op de voet van artikel 2:334cc onderdeel c BW wordt verwezen naar onderdeel C van het wetsvoorstel en deze toelichting.

Zoals ook is opgemerkt ten aanzien van de fusieregeling, leidt de richtlijn-wijziging niet tot een verandering van de voorschriften met betrekking tot de kapitaalbescherming. Er kan niet worden afgezien van de accountantsverklaring op de voet van artikel 2:334aa lid 2 BW, die de situatie betreft dat de splitsende vennootschap na de splitsing voortbestaat en een accountant moet verklaren dat de waarde van het deel van het vermogen dat de vennootschap zal behouden, vermeerderd met de waarde van aandelen in het kapitaal van de verkrijgende rechtspersonen die zij bij de splitsing verkrijgt, ten minste gelijk is aan het kapitaal en de reserves die de vennootschap na de splitsing moet aanhouden (vgl. artikel 2:334w BW). Hetzelfde geldt voor de accountantsverklaring op grond van artikel 2:334bb BW ten aanzien van de storting op door een verkrijgende vennootschap toegekende aandelen.

Onderdeel C

Op grond van onderdeel C kan ook worden afgezien van de accountantsverklaring ingevolge artikel 2:334cc onderdeel c BW. Die laatste accountantsverklaring ziet op het geval dat bij een zuivere splitsing in de akte van splitsing is bepaald dat bepaalde aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon aandeelhouder van een bepaalde verkrijgende rechtspersoon worden. De aandeelhouders van de splitsende vennootschap worden in dat geval – in afwijking van artikel 2:334e lid 1 BW – dus geen aandeelhouder van alle verkrijgende vennootschappen. Deze variant van splitsing wordt in de praktijk wel omschreven als de «ruziesplitsing», maar kan ook worden gebruikt zonder dat er een conflict tussen partijen is. In een dergelijk geval is het voor de aandeelhouders van de splitsende vennootschap van belang dat een accountant verklaart «dat» (en niet «of») zoals op grond van artikel 2:334aa lid 1 BW) de verdeling van vermogensbestanddelen over de verschillende rechtspersonen redelijk is. Artikel 2:334cc BW schrijft verschillende extra formaliteiten voor deze variant voor ter bescherming van de minderheidsaandeelhouders. Wanneer echter alle aandeelhouders kunnen instemmen met het afzien van een deskundigenverklaring over de redelijkheid van de verdeling, is er geen aanleiding om hen desalniettemin te verplichten tot een deskundigenonderzoek. Om die reden wordt een tweede lid aan artikel 2:334cc BW toegevoegd, waarvan de inhoud aansluit bij het nieuwe artikel 2:334aa lid 7 BW.

Artikel II

Bij de Staten-Generaal is aanhangig het voorstel van wet tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Kamerstukken II 2006/07, 30 929). Dat wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid om af te zien van een accountantscontrole ten aanzien van de ruilverhouding wanneer een Nederlandse kapitaalvennootschap betrokken is bij een grensoverschrijdende fusie. Hiertoe verklaart artikel 2:333g lid 2 BW de eerste volzin van lid 1 en lid 2 van artikel 2:328 BW buiten toepassing indien alle aandeelhouders van de fuserende vennootschappen daarmee instemmen.

Deze bepaling kan vervallen wanneer dit wetsvoorstel wordt aangenomen en in werking treedt. Titel 7, waaronder het voorgestelde artikel 2:328 lid 6 BW, zal ook van toepassing zijn op de grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen.

Artikel III

Wanneer het voorstel van wet tot wet wordt verheven, wordt de datum van inwerkingtreding bij koninklijk besluit bepaald. Aldus kan deze datum worden afgestemd op de door de richtlijn voorgeschreven implementatiedatum.

De staatssecretaris van Justitie,
N. Albayrak

**Transponeringstabel EU-Richtlijn fusies en splitsingen van naamloze vennootschappen
– verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige**

Richtlijn nr. 2007/63/EG d.d.
13 november 2007

Wet

Artikel

Artikel

artikel 1, onderdeel 1
artikel 1, onderdeel 2

artikel 2:328 lid 6 BW
behoeft geen implementatie, artikel 2:328 lid 5 jo. 314 lid
2 BW

artikel 2, onderdeel 1

behoeft geen implementatie, artikel 2:334aa lid 6 jo.
334h BW

artikel 2, onderdeel 2

artikel 2:334aa lid 7 BW

artikel 3

behoeft geen implementatie

artikel 4

behoeft geen implementatie

artikel 5

behoeft geen implementatie

«behoeft geen implementatie»: het betreft hier bepalingen die overeenstemmen met het
geldende recht of die een opdracht aan de lidstaten bevatten die niet hoeft te worden verwerkt
in de nationale wetgeving.
