

30929 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)

Memorie van antwoord

Met belangstelling nam ik kennis van de vragen en opmerkingen van de fracties die aan het voorlopig verslag hebben bijgedragen. Zoals door de leden van de fracties van het CDA en de PvdA in herinnering wordt gebracht, is regeling van de grensoverschrijdende fusie van belang voor de samenwerking tussen ondernemingen. Met de fusieregeling wordt ook een verdere stap gezet op weg naar de voltooiing van de Lissabon-agenda. Ik dank de leden van de fracties die aan het verslag hebben bijgedragen voor hun steun.

Reikwijdte

Gelet op de artikelen 2 en 3 lid 2 van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L 310, hierna: de richtlijn) zijn de voorschriften van de richtlijn van toepassing op kapitaalvennootschappen en, ter keuze van de lidstaten, coöperatieve vennootschappen met een met kapitaalvennootschappen vergelijkbare financieringsstructuur. Andere vormen van grensoverschrijdende fusie of grensoverschrijdende splitsing worden door de richtlijn niet geregeld. In het wetsvoorstel wordt het toepassingsbereik niet uitgebreid: er is dus geen sprake van een 'nationale kop'. De leden van de fractie van het CDA en de VVD stelden een aantal vragen over de gevolgen van deze implementatie. De leden van de fractie van het CDA wilden weten of verenigingen en stichtingen aldus niet te sterk afhankelijk worden van de inzichten en handelwijze van de notaris, of dit niet een zware last legt op de notaris om te beoordelen of de procedures adequaat zijn, en of er op deze wijze geen afbreuk wordt gedaan aan de eenheid van het privaatrecht. De leden van de fractie van het CDA opperden de mogelijkheid van een artikel dat de fusieregels analoog van toepassing verklaart op andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen. De leden van de fractie van de VVD verwezen in dit verband naar de mogelijkheid dat voldoende gelijkwaardige niet-kapitaalvennootschappen fuseren.

De keuze om de reikwijdte van de regeling te beperken tot kapitaalvennootschappen is gemaakt door de Europese Commissie in samenwerking met de lidstaten en het Europees parlement. Daarbij is overwogen dat de onderliggende rechtsvormen bij verenigingen en stichtingen niet geharmoniseerd zijn en dat de derde richtlijn niet op deze rechtsvormen van toepassing is verklaard. De Commissie wijst er in

de toelichting op het oorspronkelijke voorstel (COM(2003) 703 def van 18 november 2003) ook op dat op deze wijze "onder de werkingssfeer [...] alle communautaire kapitaalvennootschappen [vallen] die volgens unanieme opvatting in de lidstaten worden gekenmerkt door het feit dat zij rechtspersoonlijkheid bezitten en een apart vermogen hebben dat uitsluitend voor de schulden van de vennootschap kan worden aangesproken" (p. 5). De regeling is, zo vervolgt de Commissie, bedoeld voor ondernemingen in de vorm van een kapitaalvennootschap en dan vooral die ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf die gelet op hun grootte minder geïnteresseerd zijn in de Europese vennootschap met een minimumkapitaal van € 100.000.

Voor een algemene regel van analoge toepassing op basis van voldoende gelijkwaardigheid voel ik niet. In de literatuur over de mogelijkheden voor grensoverschrijdende fusie op basis van de jurisprudentie van het Hof wordt de afwezigheid van duidelijke uitvoeringsregels juist als hinderpaal genoemd. Het is niet eenvoudig om analoge toepassing te geven aan bijvoorbeeld de regels van crediteurenbescherming die zijn gebaseerd op de aanwezigheid van een afgezonderde kapitaalstructuur met een zogenaamde kapitaalklem, dat wil zeggen dat een deel van het kapitaal niet ten detrimente van schuldeisers kan worden aangewend voor uitkeringen aan aandeelhouders. In andere EU landen behoeven voor bijvoorbeeld verenigingen geen jaarrekeningvoorschriften op de voet van de 4^e en 7^e richtlijn te bestaan. In Nederland zijn slechts de zogenaamde ondernemende stichtingen en verenigingen jaarrekeningplichtig; deze categorie is niet gebaseerd op enige Europese verplichting. Onduidelijk is dan op welke basis een accountant een verklaring zou moeten afleggen over de ruilverhouding van de lidmaatschapsrechten. Ook kan hij niet verklaren dat de som van de nominale bedragen gestort op de lidmaatschapsrechten ten minste overeenkomt met de waarde van de toegekende lidmaatschapsrechten/aandelen omdat in Nederland een vereniging zo'n kapitaalbeschermingsregeling niet kent. Meer algemeen kunnen er substantiële verschillen bestaan in de rechten en verplichtingen van leden van verenigingen – denk aan de aansprakelijkheid voor tekorten – die aan het vinden van een behoorlijke ruilverhouding in de weg staan.

Het wetsvoorstel bevat regels voor de grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen en vult bijvoorbeeld de artikelen 2:308 en 2:310 aan met bepalingen op grond waarvan kan worden bepaald welke kapitaalvennootschappen kunnen fuseren met andere vennootschappen. Zoals eerder aangegeven, meen ik dat het arrest SEVIC niet noopt tot aanpassing van de rechtsregels voor grensoverschrijdende fusie of splitsing. De Nederlandse wetgever staat daarin ook geenszins alleen. Ik stem van harte in met de opvatting van de leden van de fracties van CDA en VVD dat de rechtsfiguren grensoverschrijdende splitsing en zetelverplaatsing kunnen bijdragen aan vergroting van de bruikbaarheid en flexibiliteit van Nederlandse rechtspersonen. Ik voeg daaraan toe dat die aantrekkelijkheid ook wordt bepaald door de

rechtszekerheid en betrouwbaarheid van Nederlands rechtspersonen. De rechtszekerheid brengt met zich dat het ondernemingsrecht die instrumenten moet aanbeiden waarvan ondernemingen zonder onevenredige risico's op niet-erkenning moeten kunnen profiteren. Om die reden voel ik niet voor een eenzijdige stap van Nederland tot invoering van een grensoverschrijdende regeling waarvan de rechtsgevolgen in andere EU landen niet vaststaan noch door Nederland kunnen worden afgedwongen. Wel meen ik dat het van belang is dat de Europese Commissie zich actief opstelt, bijvoorbeeld door het ontwerp voor een veertiende richtlijn zetelverplaatsing weer op de agenda te zetten. Nederland zal daarvoor, ook naar verschillende voorzitterschappen toe, aandacht blijven vragen.

De leden van de fractie van de VVD vroegen naar uitbreiding van het toepassingsbereik tot vennootschappen uit onder meer de Europese Economische Ruimte. Deze leden vroegen ook waarom niet is gekozen voor een aanpak die ook fusies met sterk op het Europese vennootschapsrecht gelijkende vennootschappen, zoals die uit de Verenigde Staten, mogelijk maakt.

Vennootschappen naar het recht van een van de lidstaten van de Europese Economische ruimte kunnen onder dezelfde voorwaarden als de Europese vennootschappen deelnemen aan een fusie (voorgesteld artikel 308 lid 3 en 333c). Dat levert ook geen problemen op nu deze landen de Europese vennootschapsrichtlijnen onverkort in de nationale wetgeving hebben omgezet en een Noorse vennootschap bijvoorbeeld op de voet van de Derde richtlijn aan dezelfde vereisten voor het opstellen van het (gezamenlijke) fusievoorstel moet voldoen. Dat geldt niet voor vennootschappen naar het recht van andere landen, waaronder de lidstaten van de VS, en daarom zijn deze niet in richtlijn en uitvoeringswet betrokken.

Aankondiging en deponering

De leden van de fractie van het CDA vroegen naar de reden van het buiten toepassing verklaren van artikel 2:314 lid 3 voor grensoverschrijdende fusies.

Zoals de leden van de fractie van het CDA terecht opmerken, is voor de aanvang van de verzettermijn bepalend de aankondiging en deponering van de stukken bedoeld in artikel 2:314 lid 1 BW plus, bij een grensoverschrijdende fusie, de stukken genoemd in het voorgestelde artikel 333d. Zodra die stukken (waaronder het fusievoorstel) zijn gedeponerd, draagt de Kamer van Koophandel ervoor zorg dat van die deponering mededeling wordt gedaan op de website van de Verenigde kamers van koophandel www.kvk.nl. Men vergelijk artikel 17 van de Handelsregisterwet. Deze regeling is ingevoerd bij de omzetting van richtlijn nr. 2003/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2003 (PbEU L221). Die richtlijn wijzigde de publicatievoorschriften uit de al sinds 1968 bestaande Eerste richtlijn nr. 68/151/EEG (PbEG L 65/8). Zo moet aanlevering van stukken bij het register van een lidstaat ook elektronisch kunnen en is geen publicatie in het nationale publicatieblad meer nodig (zoals de oude Eerste richtlijn

uit 1968 bepaalde); volstaan kan worden met een ander doeltreffend instrument voor publicatie, aldus de richtlijn. Dat is in Nederland de website van de Vereniging Kamers van Koophandel geworden. Gelet op de wens tot beperking van de administratieve lasten is bij de behandeling van de publicatieverplichtingen in de Tweede Kamer door de fracties van CDA en VVD aan de orde gesteld of daarin niet kon worden geschrapt, bijvoorbeeld door te volstaan met elektronische publicatie van zowel de stukken van artikel 2:314 lid 1 BW als de stukken van artikel 333d op de website van de vennootschap. De Europese verplichtingen staan aan die vereenvoudiging in de weg. Bovendien was er, zoals de nota naar aanleiding van het verslag aangeeft, geen bijzondere aanleiding om de aankondiging van het fusievoorstel van artikel 2:314 lid 1 BW in een dagblad te schrappen, nu deze aankondiging is gedaan met het oog op schuldeiserbescherming en zo'n aankondiging tegenwoordig ook elektronisch pleegt te worden aangeleverd.

Het wetsvoorstel kent evenwel nog een begrip aankondiging en dat is de aankondiging van artikel 333 e over bijvoorbeeld rechtsvorm, naam en zetel. Dit is een regeling die uitsluitend ziet op grensoverschrijdende fusies en is vervat in artikel 6 lid 2 richtlijn. Voor deze aankondiging stond niet de keuze voor deponering en vermelding op de website van de Vereniging open, omdat de richtlijn rechtstreeks verwijst naar het nationale publicatieblad. De discussie over lastenbeperking was aanleiding om duidelijk te maken dat deze aankondiging (rechtsvorm, naam en zetel etc.) niet ook nog in een landelijk verspreid dagblad behoeft te worden gedaan. Daarom is in artikel 333 e lid 3 voorgesteld artikel 2:314 lid 3 BW niet van toepassing te verklaren op de aankondiging als bedoeld in artikel 333 e lid 1. Zou het voornemen hebben bestaan om artikel 2:314 lid 3 BW in het geheel af te schaffen voor grensoverschrijdende fusies, dan zou dat vorm hebben gekregen in een afzonderlijk – en ook afzonderlijk toegelicht – artikel. Terecht merken de leden van de fractie van het CDA op dat zo'n uitzondering niet voor de hand ligt. Het ware wellicht beter geweest deze bedoeling ook duidelijker uit te werken, bijvoorbeeld door te kiezen voor 'artikel 314 lid 3 is hier niet van toepassing'. Maar gelet op de toelichting op pagina 13 van de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II 2006-07, 30 929, nr. 7) in samenhang met het bovenstaande verwacht ik in de praktijk geen problemen.

Geen verzetrecht Staat

De leden van de fractie van het CDA en de VVD vroegen waarom het wetsvoorstel niet voorziet in een verzetrecht van de Staat, De Nederlandsche Bank of de Autoriteit Financiële Markten en de leden van de fractie van de VVD vroegen of dat wellicht aan mijn aandacht is ontsnapt.

Er is niet voorzien in een verzetrecht omdat de voorschriften van de fusierichtlijn en de regelingen voor Europese supranationale rechtspersonen op dit punt verschillen. Voor de Europese vennootschap bepaalt artikel 19 van Verordening nr. 2157/2001 van

de Raad van 8 oktober 2001, PbEG L 294 van 10 november 2001 dat in de wetgeving van een lidstaat kan worden bepaald dat een onder het recht van die lidstaat ressorterende vennootschap niet aan de oprichting van een SE via fusie mag deelnemen wanneer een bevoegde autoriteit van die lidstaat zich daartegen verzet om redenen van openbaar belang. De verordening geeft lidstaten de optie om zo'n verzetrecht te introduceren bij de grensoverschrijdende fusie waarbij een SE verkrijgende vennootschap is. De richtlijn kent deze optie niet, maar vermeldt in artikel 4 lid 1 onderdeel b alleen dat bestaande wetgeving, op grond waarvan een autoriteit zich (al) kan verzetten tegen binnenlandse fusies om redenen van openbaar belang, ook geldt indien ten minste één van de fuserende vennootschappen onder de wetgeving van die lidstaat valt. In de regeling voor binnenlandse juridische fusies in boek 2 BW is geen verzetrecht van de Staat opgenomen. Wellicht is de verwarring ontstaan omdat de toevoeging ook niet noodzakelijk is: artikel 4 lid 1 onderdeel b aanhef bevestigt dat de fuserende vennootschappen moeten voldoen aan alle nationale bepalingen en dus ook aan (eventuele) nationale regels rond het verzetrecht van de Staat of toezichhoudende autoriteiten. De richtlijn opent niet de mogelijkheid om een verzetregeling voor grensoverschrijdende fusies te introduceren. Wel is er de mogelijkheid, aldus artikel 4 lid 2, om bijzondere bepalingen voor een grensoverschrijdende fusie vast te stellen met het oog op de bescherming van minderheidsaandeelhouders. Dat is ook gebeurd.

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 verklaring die de accountant moet afleggen is bedoeld om zowel de besturen als de aandeelhouders en crediteuren van de betrokken vennootschappen inzicht te verschaffen in de gevolgen van uittreding van minderheidsaandeelhouders die zich niet met de fusie kunnen verenigen voor de vermogenssituatie van de verkrijgende vennootschap. De regeling houdt verband met het leerstuk van de kapitaalbescherming, dat van invloed is op alle situaties waarin ten laste van het vennootschappelijk vermogen aandelen worden ingekocht. De wet moet dan regels stellen omdat aan een aandeelhouder bij verkoop van zijn aandelen aan de vennootschap zijn aandeel in feite wordt terugbetaald ten koste van de schuldeisers van de vennootschap. Men zie hierover al Kamerstukken II, 1978-1979, 15 304, nr. 3, blz. 5.

De accountant moet onderzoeken of de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennootschappen ten minste overeenkomt met de nominale waarde van de toe te kennen aandelen. Immers, ligt die som van de eigen vermogens lager dan de totale nominale waarde van de aandelen, dan zijn die aandelen als het ware niet volgestort en ontstaat een gat in de kapitaalbescherming. Men zie daarover artikel 2:328

lid 1 BW. De som van de eigen vermogens (dat mag dus ook een overschot bij het ene vermogen zijn en een tekort bij het andere, als de som maar voldoende is) moet hoog genoeg zijn om na de betalingen aan voormalige aandeelhouders tegenwicht te vormen voor de nominale waarde van de toegekende aandelen. Zou deze eis niet gesteld worden, dan zouden aandeelhouders als het ware 'terugbetaald' worden door de vennootschap voordat de schuldeisers zijn voldaan.

Om die verklaring te kunnen afleggen, behoeft de accountant niet te weten hoeveel aandeelhouders precies zullen uittreden. Hij hoeft namelijk niet te verklaren hoe hoog de nominale waarde van de aandelen precies zal zijn, mits de som van de eigen vermogens voldoende ruimte biedt voor uittreding van het maximale aantal aandeelhouders tegen de schadeloosstelling per aandeelhouder. Hoe hoog die schadeloosstelling is, wordt vermeld bij het voorstel (voorgesteld artikel 333d onderdeel f). Hoeveel aandeelhouders kunnen uittreden zonder het doorgaan van de fusie in gevaar te brengen, is afhankelijk van de wettelijke en statutaire regels voor de besluitvorming bij fusie. De accountant kan dan aangeven hoeveel financiële ruimte de vennootschap, mede gelet op de financiële situatie van de beoogde fusiepartner, heeft om aandeelhouders tegemoet te komen. De vennootschap, haar aandeelhouders en bestuur, en de crediteuren kunnen hun beslissingen mede in het licht van deze informatie nemen.

Aandeelhouder

De leden van de fractie van het CDA vroegen of onder 'aandeelhouder' ook moet worden verstaan de houder van een pandrecht of recht van vruchtgebruik.

Inderdaad valt bij verpanding van de aandelen het recht op schadeloosstelling onder het pandrecht van artikel 3:229 BW, dat bepaalt dat op het recht op schadeloosstelling dat in de plaats komt van de aandelen van de aandeelhouder die van het uittreedrecht gebruik maakt, van rechtswege het pandrecht komt te rusten dat voorheen op de aandelen rustte.

Uittreedrecht minderheidsaandeelhouders/zekerheidstelling/artikel 10 lid 3 richtlijn

De leden van de fracties van het CDA en de VVD hadden een aantal vragen over het voorgestelde uittreedrecht. De leden van de fractie van de VVD wezen erop dat bij de invoering van de Europese vennootschap niet in minderheidsbescherming is voorzien en vroeg waarom ik meen dat de minderheidsaandeelhouders bij een SE-fusie geen bescherming behoeven en de minderheidsaandeelhouders bij een 'gewone' fusie wel. Deze leden vroegen zich af of het uittreedrecht wel bijdraagt aan een aantrekkelijk vennootschapsrecht en of de regeling niet impliceert dat minderheidsaandeelhouders elders niet goed beschermd zouden zijn. Tenslotte vroegen deze leden zich af of de regeling de toets van de artikelen 43 en 48 EG wel zou kunnen doorstaan.

Bij een grensoverschrijdende juridische fusie kunnen minderheidsaandeelhouders door een besluit van de meerderheid gedwongen worden

om aandeelhouder te worden van een vennootschap naar vreemd recht. Een grensoverschrijdende fusie kan volgens de richtlijn en de wet niet worden vernietigd. Het recht van een ander EU land zal andersoortige juridische bescherming van de minderheid kennen. Rechten die in Nederland mede kunnen dienen ter bescherming van die minderheidsaandeelhouder, zoals het recht van enquête of de structuurregeling – die commissarissen bevoegdheden toekent die in andere vennootschappen aan de (groot)aandeelhouder plegen toe te komen – kunnen in dat buitenlandse rechtstelsel onbekend zijn. Dat hoeft niet te betekenen dat deze minderheidsaandeelhouders minder goed beschermd zijn, zo kan ik de leden van de fractie van de VVD antwoorden. Overwogen is dat de aandeelhoudersrechten niet geharmoniseerd zijn. Indertijd heeft de High Level Group of Company Law Experts onder leiding van prof. mr J.W. Winter daaromtrent wel voorstellen gedaan, zoals de introductie van een met het enquêterecht vergelijkbare regeling. Maar behalve de inmiddels aanvaarde richtlijn aandeelhoudersrechten (Richtlijn nr. 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de uitoefening van zekere rechten door aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen, PbEU L 184) zijn door de Europese Commissie in de nabije toekomst geen initiatieven (meer) in het vooruitzicht gesteld.

De richtlijn laat uitdrukkelijk toe dat regels worden ingevoerd met het oog op bescherming van minderheidsaandeelhouders. Van die mogelijkheid is gebruik gemaakt door de minderheidsaandeelhouder die geen aandeelhouder wil worden in een vreemde vennootschap, schadeloos te laten stellen. Hem worden dan geen aandelen toegekend en zijn 'oude' aandelen vervallen op het moment van de fusie. De regeling geldt niet als de verkrijgende vennootschap een Nederlandse vennootschap is; dan verandert de juridische positie van de minderheidsaandeelhouder immers niet. Mede gelet op de ruimte die de richtlijn uitdrukkelijk biedt om voor grensoverschrijdende gevallen bijzondere regels te maken meen ik dat de regeling geen verboden onderscheid maakt tussen een nationale en een grensoverschrijdende fusie. Evenmin ligt voor de hand dat het Nederlandse vennootschapsrecht met deze regeling aan aantrekkelijkheid inboet of de waarde van Nederland als vestigings- en investeringsland zou worden beperkt. Het afzien van een op de omstandigheden van het geval toegesneden regeling voor de bescherming van minderheidsaandeelhouders voorkomt immers niet dat geschillen tussen die meerderheid en die minderheid over de wenselijkheid van de fusie wel kunnen optreden. Dan moet rekening worden gehouden met het veel minder aantrekkelijke scenario van gebruik van allerlei andere rechtsmiddelen (enquête, kort geding) door diezelfde minderheidsaandeelhouders. Meer in het algemeen mag worden verondersteld dat een behoorlijk niveau van bescherming juist investeringen aantrekt.

Bij de invoering van het statuut voor de Europese vennootschap in 2004 (zie Kamerstukken II 2003/04, 29 309) is steeds uitgegaan van het bijzondere, supranationale karakter van de regeling. Daarbij werd toen in de overwegingen betrokken dat invoering van de SE niet zou leiden tot aanpassingen van het materiële vennootschapsrecht. Bij de

implementatie van de richtlijn is die afweging anders uitgevallen, ook al omdat de voorschriften onvermijdelijk wel leiden tot aanpassingen van ons recht, bijvoorbeeld door de introductie van elders in Europa bestaande of zelfs geheel nieuwe medezeggenschapsvormen, waardoor naast elkaar naamloze vennootschappen naar Nederlands recht kunnen gaan ontstaan met een verschillende interne bestuur- en toezichtstructuur.

De invoering van een minderheidsbescherming voor aandeelhouders van naamloze en besloten vennootschappen brengt gelet op de gelaagde structuur van het statuut van de Europese vennootschap met zich dat ook daar minderheidsbescherming wordt ingevoerd. Artikel 9 van Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001, PbEG L 294 bepaalt dat op de SE allereerst de bepalingen van de verordening van toepassing zijn. Vervolgens, wanneer de verordening dat uitdrukkelijk toestaat, de bepalingen in de statuten van de SE (dat geldt bijvoorbeeld voor de keuze voor het monistische of dualistische bestuursstelsel, dat door een uitvoeringwet niet mag worden beperkt). Zwijgt ook die regeling, dan geldt – kortweg – de uitvoeringwet. In de Nederlandse uitvoeringwet is geen bijzondere regeling getroffen. Vervolgens gelden, nog steeds op de voet van artikel 9 SE verordening, de nationale bepalingen voor naamloze vennootschappen. Een SE met zetel in Nederland valt onder het toepassingsbereik van de regeling voor grensoverschrijdende fusie; daarom is de SE ook niet apart als rechtsvorm genoemd in artikel 2:308 lid 3 BW.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of het noodzakelijk was het recht ook te hanteren indien de verkrijgende vennootschap naar buitenlands recht ter beurse genoteerde aandelen heeft.

Uiteraard kan de liquiditeit van de toe te kennen aandelen voor de minderheidsaandeelhouder een punt van overweging vormen. De aandeelhouder die de voorkeur geeft aan eenvoudig verhandelbare aandelen, kan een fusievoorstel waarbij de verkrijgende vennootschap aandelen ter beurse genoteerd heeft, gewoon steunen. Een bijzondere voorziening is niet nodig. Meer algemeen gaat het in de beschermingsgedachte niet om de eventuele liquiditeit van de aandelen, nog afgezien van het feit dat de verkrijgende vennootschap die beursgenoteerde aandelen heeft ook, en eventueel op zeer korte termijn na de fusie alsnog kan besluiten om de beursnotering te beëindigen.

Een andere bij de leden van de fractie van het CDA levende vraag betrof de noodzaak om aanvullende bescherming te bieden aan crediteuren, waarbij deze leden ook wilden weten of crediteuren er goed aan doen steeds maar verzet aan te tekenen.

Schuldeiserverzet is bij fusie geen standaardprocedure. Vaak ontstaat door de fusie een grotere zakenpartner; er worden immers vermogens samengevoegd. De regeling is bedoeld als vangnet voor die gevallen waarin sprake is van een financieel wankele fusiepartner. De aanvulling op de schuldeiserbescherming bij nationale fusies is gevonden in de extra informatieverplichtingen van het voorgestelde artikel 333g lid 1.

Men zie ook mijn antwoord op de vraag over het voor de aankondiging van artikel 333 e lid 1 buiten toepassing verklaren van artikel 2:314 lid 3 BW. De schuldeiser zal, mede gelet op de informatie die hem wordt geboden door de accountantsverklaring van artikel 2:328 BW jo het voorgestelde artikel 333g lid 1, aannemelijk moeten maken dat er na de fusie minder waarborgen zijn dat zijn vordering wordt voldaan dan vóór de fusie het geval was. Voor *pro forma* ingestelde verzetprocedures behoeft naar mijn overtuiging niet te worden gevreesd. De schuldeiser die zich zorgen maakt, zal zich naar verwachting verstaan met de vennootschap. Leidt dat niet tot duidelijkheid en overweegt de schuldeiser een procedure, dan zal hij zich daarbij rekenschap moeten geven van de mogelijkheid dat hij bij afwijzing van zijn vordering in de kosten van het geding wordt veroordeeld en/of moet opkomen voor de schade die de vennootschap als gevolg van zijn handelen heeft geleden.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of in verband met schuldeiserbescherming rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van aanpassing van de ruilverhouding. Deze leden wezen er op dat het wetsvoorstel geen regeling bevat voor de situatie dat een Nederlandse vennootschap verkrijgende vennootschap is en ten aanzien van één of meer buitenlandse vennootschappen een regeling geldt tot aanpassing van de ruilverhouding. Moet het bepaalde in artikel 10 lid 3 niet ook in de Nederlandse wetgeving worden uitgewerkt, zo vroegen deze leden.

Met artikel 10 lid 3 richtlijn is door de Europese wetgever getracht tegemoet te komen aan de problemen die werden voorzien door het in sommige lidstaten bestaande recht voor minderheidsaandeelhouders om de ruilverhouding te wijzigen nadat de fusie een feit is, mede in het licht van het verbod op nietigverklaring van de grensoverschrijdende fusie in artikel 17 richtlijn. Een dergelijke regeling bestaat bijvoorbeeld in Duitsland en Oostenrijk. Gevreesd werd dat één en ander in grensoverschrijdende gevallen op onbegrip zou stuiten of dat een latere gerechtelijke uitspraak waarbij de ruilverhouding alsnog moet worden aangepast op erkenningproblemen zou stuiten. Daarom is in de richtlijn bepaald dat zo'n regeling alleen geldt als de andere fuserende vennootschappen uit de landen die deze regeling niet kennen, de mogelijkheid aanvaarden dat op zo'n procedure een beroep wordt gedaan (en dus; dat de ruilverhouding na de fusie alsnog kan worden aangepast). Deze beslissing bindt de verkrijgende vennootschap. Voor Nederlandse vennootschappen heeft deze bepaling tweeeërlei betekenis, zoals de leden van de fractie van het CDA ook signaleren. Enerzijds moet bij de introductie van minderheidsbescherming die doorwerkt na de datum van het van kracht worden van de fusie (dat geldt ook bij procedures ter compensatie van minderheidsaandeelhouders) rekening worden gehouden met de noodzaak van een uitdrukkelijk besluit van de andere fuserende vennootschappen in het licht van dit richtlijnartikel. Die overweging heeft geleid tot het voorgestelde artikel 333h lid 4. Anderzijds kunnen Nederlandse vennootschappen bij een fusie met een Duitse vennootschap worden geconfronteerd met de Duitse ruilverhoudingprocedure. De vraag

is of de wet uitdrukkelijk ook moet beschrijven wat de Nederlandse vennootschappen daarbij te doen staat. Dat is wel overwogen, maar niet noodzakelijk nu in dat geval de Duitse wet een regeling zal bevatten waaraan ook de Nederlandse fusiepartners gevolg kunnen geven. In wezen is dat voor artikel 333h niet anders; daar wordt ook een regel gegeven die neerkomt op een besluitvormingsvoorschrift bij de buitenlandse verdwijnende vennootschap. Dat lijkt mij niet onoverkomelijk nu de fusiepartners aan deze materie bij de opstelling van het gezamenlijk fusievoorstel vanzelf raken. Voor het Nederlandse geval geldt dan bijvoorbeeld dat op grond van artikel 333d onderdeel f het voorstel ook een voorstel voor de hoogte van de schadeloosstelling moet bevatten.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of met artikel 333i lid 4 voldoende is verzekerd dat de verkrijgende vennootschap de verplichting tot betaling van de minderheidsaandeelhouders ook kan nakomen. Het artikel vereist een besluit van de andere vennootschappen dat de schadeloosstelling moet worden voldaan, maar, aldus de aan het woord zijnde leden, ware het niet beter geweest te bepalen dat de andere vennootschappen aansprakelijkheid voor de voldoening van de vordering aanvaarden, omdat dan de vordering overgaat op de verkrijgende vennootschap?

Artikel 10 lid 3 van de richtlijn bepaalt dat bij de goedkeuring van het fusievoorstel door de fuserende vennootschappen uitdrukkelijk de mogelijkheid moet worden aanvaard dat op zo'n procedure (ter compensatie van minderheidsaandeelhouders) een beroep wordt gedaan teneinde de verkrijgende vennootschap te binden. Hoe deze verplichting precies moet worden omschreven, laat de richtlijn aan de lidstaten. Een lastig punt daarbij is dat tot de fuserende vennootschappen ook vennootschappen naar het recht van een andere lidstaat zullen vallen, waarvoor het Nederlands recht niet eenvoudig voorschriften kan geven. Gekozen is daarom voor een regeling die aansluit bij de besluitvorming over het fusievoorstel en daarom uitgaat van een besluit van de vennootschappen, maar dit besluit voor het overige in neutrale termen omschrijft om ook de fuserende vennootschappen naar het recht van andere lidstaten in de gelegenheid te stellen, in de praktijk aan het voorschrift te voldoen.

Tegenstrijdige IPR statuten

De leden van de fractie van de VVD vroegen naar de gevolgen van het feit, dat een deel van de Europese landen het incorporatiebeginsel kent, op grond waarvan voor het op de rechtspersoon toepasselijk recht wordt aangeknoopt bij de statutaire zetel, en andere landen de reële zetelleer, op grond waarvan het recht van de plaats waar zich het hoofdkantoor van de rechtspersoon bevindt, de oprichting, het voortbestaan en het einde van de rechtspersoon bepaalt. Deze leden vroegen of een fusie tussen een Nederlandse en een Belgische vennootschap die haar werkelijke zetel in Nederland heeft, vanuit Belgisch perspectief wel een fusie is, en of bij een fusie tussen een Nederlandse vennootschap met hoofdkantoor in Duitsland met een Duitse vennootschap naar Duits

recht als fusie wordt gekwalificeerd. Deze leden vroegen hoe dergelijke conflicten tussen rechtsstelsels te ondervangen zijn.

De aan het woord zijnde leden brengen terecht in herinnering dat in het internationaal privaatrecht de statutaire zetelleer en de werkelijke zetelleer naast elkaar staan en ook bestaan. Dat leidt tot verschillen in kwalificatie en soms toepasselijk recht. Voor een Belgische vennootschap met werkelijke zetel in Nederland zal het Belgische recht moeten bepalen of de vennootschap blijft voldoen aan de voorwaarden van het Belgische vennootschapsrecht. Het Nederlandse recht verbindt aan de vestiging van een hoofdkantoor in Nederland geen gevolgen en zal de vennootschap met toepassing van artikel 2 Wet conflictenrecht corporaties beschouwen als Belgisch. Niet uit te sluiten valt dat volgens de regels van het Belgische internationaal privaatrecht de vennootschap beschouwd wordt als Nederlands, maar daaraan kan de Nederlandse wetgever niets veranderen. Pogingen in Europa om tot een keuze voor de ene of de andere leer te komen of de beide leren met elkaar te verenigen, zijn op niets uitgelopen. Zowel het Haags Verdrag 1956 (Trb. 1956, 131) als het EG-erkenningverdrag 1968 (Trb 1968, nr. 113) zijn niet in werking getreden, terwijl inwerkingtreding van een van beide verdragen ook niet te verwachten valt. Iets dergelijks geldt bij een juridische fusie waarbij een vennootschap naar Nederlands recht en een vennootschap naar Duits recht betrokken zijn. Of deze, als de Nederlandse vennootschap feitelijk in Duitsland kantoor houdt, naar Duits recht wel als grensoverschrijdend wordt beschouwd, kan alleen het Duitse (internationaal privaatrecht) beantwoorden. Het wetsvoorstel bevat daarvoor dan ook geen bepalingen. Het punt is – en dat is onafhankelijk van de vraag of er fusieplannen zijn - of het Duitse recht de Nederlandse vennootschap met hoofdkantoor in Duitsland erkent als Nederlands, danwel verplicht om zich om te zetten naar een vennootschap naar Duits recht. Wel worden de grenzen van niet-erkenning in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen duidelijker. De niet-erkenning van een vennootschap naar Nederlands recht die feitelijk werkzaam was in Duitsland was onderwerp van de zaak Ueberseerung (C-208/00, Jur. 2002 I 991) waar het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft bepaald dat geen procesbevoegdheid mag worden onthouden aan een vennootschap die is opgericht volgens de voorschriften van een andere lidstaat en daar haar statutaire zetel heeft, op de grond dat de werkelijke zetel naar de andere lidstaat is verplaatst, of mag eisen dat die vennootschap opnieuw wordt opgericht volgens de regels van de ontvangende lidstaat. Indien in de door de leden van de fractie van de VVD genoemde voorbeelden de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar Nederlands recht is, kan de fusieakte zonder problemen worden verleden; is de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar Duits recht, dan hangt het van de toepassing van de Duitse regels af of de fusie als zodanig wordt erkend.

Medezeggenschap

De leden van de fractie van het CDA vroegen waarom artikel 1:34 lid 1 Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen niet van overeenkomstige toepassing is verklaard.

Het gaat hier, ter uitvoering van artikel 3 lid 2 onderdeel b van richtlijn 2001/86/EG, over de aanwijzing of verkiezing van Nederlandse leden van de bijzondere onderhandelingsgroep. Het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 1:34 is naar mijn overtuiging niet noodzakelijk. In de opbouw van de Wet rol werknemers is een onderscheid aangebracht tussen regels die van toepassing zijn als de op te richten SE zetel in Nederland heeft en regels van toepassing indien wordt gekozen voor een SE met zetel in een andere lidstaat. Ter uitwerking daarvan regelt artikel 1:10 Wet rol werknemers hoe de leden van de bijzondere onderhandelingsgroep worden aangewezen bij de Nederlandse fuserende vennootschap(en) als de verkrijgende vennootschap zetel in Nederland heeft. Artikel 1:34 bepaalt vervolgens dat artikel 1:10 ook van toepassing is indien de verkrijgende SE zetel heeft in een andere lidstaat. Het voorgestelde artikel 333k kent deze tweedeling niet en wordt toegepast ongeacht de vraag of het resultaat van de fusie een vennootschap naar Nederlands of naar buitenlands recht zal zijn. Het voorgestelde lid 2 bepaalt daartoe dat een groot aantal artikelen van de Wet rol werknemers van toepassing is. Daartoe behoort ook artikel 1:10. Een verwijzingsregel als vervat in artikel 1:34 is dan niet meer nodig.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of de strekking van onderdeel b van het tweede lid van artikel 16 in samenhang met het derde lid is dat ook onderhandelingen over de medezeggenschap moeten plaatsvinden indien het recht van de lidstaat van vestiging van de verkrijgende vennootschap weliswaar voorziet in gelijkwaardige of zelfs betere medezeggenschap, maar er niet in voorziet dat de werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen aan die medezeggenschap kunnen deelnemen. Deze leden wezen op het sociaal-economisch belang dat daarmee zou zijn gemoeid.

Artikel 16 lid 2 bepaalt wanneer er moet worden onderhandeld indien er bij de fusie geen vennootschap betrokken is met medezeggenschap en meer dan 500 werknemers. Gaat het om kleinere vennootschappen en kent in elk geval één van de fuserende vennootschappen een medezeggenschapsstructuur, dan moeten er onder bepaalde omstandigheden onderhandelingen komen tussen bestuurders en werknemersvertegenwoordigers (de bijzondere onderhandelingsgroep) van de fuserende vennootschappen. Die omstandigheden staan in de onderdelen a en b en behelzen, kortweg, twee categorieën:

- als het vestigingsland niet hetzelfde niveau van medezeggenschap kent als één van de deelnemers (het niveau van medezeggenschap wordt numeriek bepaald); of
- als werknemers in andere vestigingen buiten het vestigingsland niet dezelfde medezeggenschapsrechten kunnen uitoefenen.

Bij de vraag hoe dit voorschrift moet worden geduid, is van belang dat de Europese wetgever signaleerde dat grensoverschrijdende fusie niet benut moet kunnen worden door vennootschappen om zich aan de vigerende medezeggenschapsregels te onttrekken. Men zie de toelichting bij het voorstel van de Europese Commissie van 18 november 2003, COM (2003) 703 def. Anderzijds wilden lidstaten die in hun nationale recht niet een keuze hadden gemaakt voor vennootschappelijke medezeggenschap, niet door richtlijnvoorschriften gedwongen worden om dergelijke voorschriften alsnog in te voeren. Doel van de richtlijn is dus niet een inhoudelijke wijziging of harmonisatie van medezeggenschapsregels. Ook wilden de lidstaten de onderhandelingsgevallen zoveel mogelijk beperken uit oogpunt van lastenbeperking voor kleinere ondernemingen. Dat heeft geleid tot het in de Brusselse onderhandelingen toegevoegde onderscheid tussen grote (500 werknemers) en kleine (minder dan 500 werknemers) vennootschappen in artikel 16. Indien de voorwaarden van artikel 16 lid 2 sub a en b cumulatief zouden moeten worden gelezen, zouden er onderhandelingen moeten gevoerd onafhankelijk van de vraag of het vestigingsland een medezeggenschapsvorm kent en onafhankelijk van de vraag welk niveau – in de daaraan door de Europese wetgever toegekende betekenis van numerieke aantallen benoemingen of aanbevelingen – het recht van dat vestigingsland inhoudt. Dat komt omdat geen enkel EU land een regeling heeft waardoor werknemers uit andere landen kunnen deelnemen aan de medezeggenschap. Wij kunnen de WOR ook niet toepassen op vestigingen van bedrijven in het buitenland; de WOR werkt territoriaal. Het feit dat nergens zo'n grensoverschrijdende deelname van werknemers bestaat, betekent dat dan altijd onderhandelingen nodig zouden zijn, ongeacht het beschermingsniveau. Dan heeft een voorwaarde over het beschermingsniveau geen toegevoegde waarde.

Toepassing van artikel 16 leidt afhankelijk van de omstandigheden van het geval tot verschillende uitkomsten, waarbij onder meer de onderlinge verhouding van het aantal werknemers van de fuserende vennootschappen en de wijze waarop de eventuele medezeggenschapswetgeving numeriek is vormgegeven de doorslag kunnen geven. De leden van de fractie van de PvdA gaven het voorbeeld van een voorgenomen fusie tussen een Zweedse vennootschap en een Nederlandse structuurvennootschap, waarbij de verkrijgende vennootschap een Nederlandse (structuur)vennootschap wordt. Zij vroegen zich af of in dat geval artikel 16 richtlijn wel en het voorgestelde artikel 333k geen onderhandelingen voorschrijft. Deze leden wilden weten hoe, als deze veronderstelling juist is, dat past in de systematiek waarvoor is gekozen bij de SE. Ook vroegen deze leden of ik het eens ben met de stelling dat de onwenselijke uitkomst zou zijn dat de Zweedse werknemers niet kunnen participeren in de medezeggenschap en dat daarover ook niet hoeft te worden onderhandeld.

Volgen wij de voorwaarden van artikel 16 richtlijn, dan geldt allereerst artikel 16 lid 1: het medezeggenschapsrecht van het vestigingsland is van toepassing. In het door de leden van de fractie van de PvdA gegeven voorbeeld is op de Nederlandse

verkrijgende vennootschap derhalve de structuurregeling van toepassing. Dat zou anders zijn, en onderhandelingen zouden zijn voorgeschreven, als de Nederlandse wetgeving niet zou voorzien in ten minste hetzelfde niveau van medezeggenschap dat van toepassing was op de fuserende vennootschappen, gemeten naar het werknemersaantal in het bestuurs- of toezichthoudend orgaan. Het Zweedse recht kent volgens het overzicht vervaardigd door de SER in het advies *Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling* (advies 01/02 op p. 122) een recht op benoeming van twee leden. De meeste Zweedse ondernemingen kennen een *board* van zeven leden, waarvan twee werknemersvertegenwoordigers. De structuurregeling bepaalt dat de ondernemingsraad voor alle leden van de raad van commissarissen een kandidaat kan aanbevelen en een raad van commissarissen bij een structuurvennootschap bestaat uit ten minste drie leden (artikel 2:158 BW). Daarmee voorziet de nationale wetgeving van toepassing op de verkrijgende vennootschap in ten minste het niveau van zowel de Zweedse als de Nederlandse fuserende vennootschap. Het voorgestelde artikel 333 k lid 1 juncto 2 onderdeel b leidt tot precies dezelfde uitkomst. De systematiek van de SE is hiermee niet geheel te vergelijken omdat de SE een eigen regeling kent waarvan bij de onderhandelingen over de richtlijn op onderdelen is afgeweken, juist vanwege de eerste ervaringen met toepassing van de SE regeling sinds 2004. Dat heeft geleid tot de aanpassingen vervat in artikel 16 lid 3 en lid 4 richtlijn en de uitwerking daarvan in het voorgestelde artikel 333k lid 2 en 3.

Terecht stellen de leden van de fractie van de PvdA dat over deelname door de Zweedse werknemers aan de medezeggenschapsregeling in Nederland niet (eens) hoeft te worden onderhandeld, maar dergelijke onderhandelingen zijn in het Europese stelsel ook niet voorzien. De onderhandelingen van de zogenaamde bijzondere onderhandelingsgroep met de besturen van de fuserende vennootschappen aangaande medezeggenschap gaan over de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt en/of van de werknemersvertegenwoordigers op de gang van zaken bij een vennootschap via het recht om, kortweg, bestuurders of commissarissen te benoemen of met betrekking tot die benoeming aanbevelingen te doen of bezwaar te maken (artikel 2, onderdeel k van richtlijn nr. 2001/86/EG van de Raad van 9 oktober 2001, PbEU L 294). Met de voorgestelde regeling is voorts voldaan aan het hierboven geciteerde uitgangspunt van de regeling, namelijk dat grensoverschrijdende fusie niet mag worden misbruikt om aan toepassing van een medezeggenschapsregime te ontkomen. Het in de casus toe te passen Nederlandse recht leidt, zeker als wordt bedacht dat de Nederlandse vennootschapswetgeving ook rechten omvat als artikel 25 WOR en het recht van enquête, tot een medezeggenschapsstructuur waarvan nog onlangs in het kader van het SER beraad is vastgesteld dat deze in vergelijking met andere landen in de EER als 'sterk' en 'aanmerkelijk meer bescherming biedend dan elders in de EER' is te kwalificeren. Men zie de bevindingen van Van het Kaar en Winter,

als bijlagen gevoegd bij het op 6 november 2007 gepubliceerde ontwerp advies van de ad hoc SER commissie evenwichtig ondernemingsbestuur.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen mijn toezegging dat ik mij met de Raad zal verstaan over de vraag of het artikel juist is omgezet, en voegde daaraan toe dat op de uitkomst van dat overleg niet behoeft te worden geacht voordat het wetsvoorstel kan worden goedgekeurd. Verder vroegen deze leden of de regeling niet erg gecompliceerd is en een vereenvoudiging - bijvoorbeeld altijd onderhandelen indien de nationale wetstelsels uiteenlopen - aanbeveling verdient.

Terecht wijzen de aan het woord zijnde leden erop dat artikel 16 een moeilijk te doorgronden structuur heeft. Door in de parlementaire stukken vrij uitgebreid op de materie in te gaan, is hopelijk bijgedragen aan een goed begrip van de regeling voor de ondernemingen. Het vragen van de opinie van de juridische dienst ligt niet voor de hand. Lidstaten zijn vrij in de wijze waarop zij een richtlijn omzetten, mits de verplichting om het in een richtlijn voorgeschreven resultaat in de wetgeving op te nemen is nagekomen. Of dat zo is, staat uiteindelijk niet ter beoordeling van de Raad zelf, maar van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Het artikel weerspiegelt ook in zijn structuur de lastige onderhandelingen die kenmerkend zijn voor Europese regelingen voor vennootschappelijke medezeggenschap. Een eenvoudiger regeling kon niet worden bereikt. Lidstaten wilden de ervaringen met de Europese vennootschap verwerken in de nieuwe afspraken. Dat heeft bijvoorbeeld geleid tot het toevoegen van artikel 16 lid 4 onderdeel c. Andere onderdelen van de tekst zijn de neerlegging van de bij veel lidstaten levende wens om de gevallen waarin moet worden onderhandeld zo beperkt mogelijk te houden gelet op de daaraan verbonden kosten voor het bedrijfsleven en de verlenging van de fusieprocedure die daarvan het gevolg kan - maar natuurlijk niet hoeft - te zijn. Uitwerkingen van die opvatting treft men bijvoorbeeld in de uitzondering voor kleinere vennootschappen en in de grotere vrijheid voor zowel aandeelhouders als werknemers om af te zien van onderhandelingen en zich op een via de referentievoorschriften of de nationale wet aangewezen systeem te verlaten (artikel 16 lid 4 onderdeel a en b richtlijn). Een regeling als door de aan het woord zijnde leden voorgesteld lijkt in dat kader gezien een beperkte kans van slagen te hebben.

Enkele fiscale vragen

De leden van de VVD-fractie merkten op dat artikel 14b, lid 2 en lid 3 van de Wet Vpb 1969 voorziet in de mogelijkheid fiscale claims door te schuiven naar de rechtsoptvolgers onder algemene titel. Als aanvulling op de in het tweede lid gestelde eisen is opgenomen dat de fusie niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de belastingheffing. De leden van de fractie van de VVD verwezen in dit kader naar het artikel van J.J.L. van de Water in WFR2007/173. Van de Water stelt dat de woordkeus afwijkt van die van de Fusierichtlijn van 1990 waar gesproken wordt over

belastingfraude of belastingontduiking. De aan het woord zijnde leden vroegen zich af of deze “vertaling” door de EG-rechtelijke beugel kan.

Artikel 11 van de Fusierichtlijn bepaalt dat de doorschuiffaciliteit teruggenomen kan worden indien de fusie als hoofddoel of één van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft. De vraag wanneer daarvan sprake is, is niet eenduidig te beantwoorden. Het begrip belastingfraude of belastingontwijking is immers een in de Fusierichtlijn niet nader gedefinieerd begrip dat op nationaal niveau zal moeten worden uitgelegd. Bij de Belastingherziening 2001 is gekozen om zowel voor de Wet inkomstenbelasting 2001 als de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 de terminologie van de Fusierichtlijn te vertalen met het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De reden hiervoor is tweeledig. Enerzijds ligt in het Nederlandse belastingstelsel reeds besloten dat bij belastingfraude de faciliteit (achteraf) wordt teruggenomen. Een aparte regeling is op dit punt daarom niet nodig. Anderzijds is de term belastingontwijking niet zonder meer toepasbaar in de Nederlandse wetgeving. In de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel Wet inkomstenbelasting 2001 (Kamerstukken I 1999/2000, 26 727, nr. 202c, blz. 26) is uiteengezet dat indien gekozen zou zijn voor het opnemen van de term belastingontwijking aangegeven had moeten worden hoe die term zou moeten worden uitgelegd. In dat geval zou in de memorie van toelichting zijn vermeld dat de term belastingontwijking niet alleen ziet op het ontgaan van belastingheffing, maar ook op het uitstellen van belastingheffing. Indien belastinguitstel niet onder het begrip belastingontwijking zou vallen, dan zou het voor de belastingplichtige immers mogelijk zijn om een belaste verkoop van vermogensbestanddelen door middel van een fusie of splitsing in combinatie met de deelnemingsvrijstelling om te zetten in een onbelaste koerswinst. Dit is ongeacht de vraag of sprake is van wijzigingen in de juridische structuur die bijdragen aan de bedrijfsvoering, expansie en dergelijke van de betrokken ondernemingen. Het lijkt niet de bedoeling van de Fusierichtlijn een dergelijke handelswijze mogelijk te maken. De term ‘belastingontwijking’ is daarom vertaald met de woorden ‘het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’. Naast gevallen waarin de fusie ertoe leidt dat een deel van de fiscale claim verloren gaat, kan dus ook sprake zijn van belastingontwijking indien een handelen of een samenstel van rechtshandelingen erop is gericht een min of meer acute fiscale verplichting uit te stellen. Deze overwegingen zijn onverkort van toepassing.

De zesde standaardvoorwaarde van het Besluit van 8 juli 1998, nr. CPP2000/3131M (standaardvoorwaarden juridische fusie) bepaalt dat de doorschuiffaciliteit alleen kan worden verkregen voor die vermogensbestanddelen die gaan behoren tot het vermogen van de in Nederland achterblijvende vaste inrichting. Dit is in overeenstemming met artikel 4 van de Fusierichtlijn dat bepaalt dat de fusie niet mag leiden tot belastingheffing over de meerwaarden van overgedragen activa en passiva die in Nederland een vaste inrichting gaan vormen. De vraag rijst, zo stelden de leden van de VVD-fractie, of de eindafrekening over de meerwaarden die niet langer in de

Nederlandse heffing kunnen worden betrokken in strijd is met de vrijheid van vestiging. Kan deze eindafrekening de Europeesrechtelijke (proportionaliteit)toets doorstaan?

Naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de zaak Hughes de Lasteyrie (C-224/02) is aangegeven dat de eindafrekening geen strijdigheid oplevert met het EG-verdrag. In deze zaak oordeelde het Hof dat de Franse regeling waarbij een emigrerende aanmerkelijk belanghouder belast werd over de meerwaarde van zijn aandelenbelang en de Franse fiscus onder voorwaarden uitstel van betaling verleende over de betaling van de belastingschuld, in strijd was met het recht van vrije vestiging. De uitspraak in de zaak Hughes de Lasteyrie doet echter geen afbreuk aan de uitspraak in de zaak Daily Mail (C-81/87) waarin het Hof oordeelde dat de Britse (sterk op de Nederlandse regeling lijkende) eindafrekening voor vennootschappen geen inbreuk vormde op het recht van vrije vestiging. Voor een verdere toelichting wordt verwezen naar de brieven van de staatssecretaris van Financiën van 13 april 2004, WDB 2004/188U en 9 februari 2005, WDB 2005/77U (Aanhangsel Handelingen II 2003/04, nr.1317 en Aanhangsel Handelingen II 2004/05, nr. 901). De eindafrekening staat overigens los van het onderhavige wetsvoorstel.

De leden van de VVD-fractie vroegen zich af of het standpunt van de staatssecretaris van Financiën juist is dat stichtingen en verenigingen niet aan te merken zijn als vennootschap als bedoeld in artikel 48 EG-verdrag. Zij vroegen of het mogelijk is dat ook stichtingen en verenigingen die belastingplichtig zijn voor de Wet Vpb 1969, onder de werking van de Fusierichtlijn vallen. Hierbij verwezen deze leden naar het artikel van J.J.L. van de Water in WFR2007/173.

Artikel 14b, achtste lid, Wet Vpb 1969 bepaalt dat de fiscale begeleiding bij juridische fusie slechts mogelijk is indien de verdwijnende en de verkrijgende rechtspersoon in Nederland zijn gevestigd, of in de zin van artikel 3.55, vijfde lid, Wet inkomstenbelasting 2001 zijn gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie. Artikel 3.55, vijfde lid, Wet inkomstenbelasting 2001 verwijst naar de rechtsvormen opgenomen in de bijlage van de Fusierichtlijn. De uitbreiding van de bijlage van de Fusierichtlijn betreft eenzelfde uitbreiding als bij de Moeder-dochterrichtlijn het geval was. Bij de implementatie van Richtlijn 2003/123/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 december 2003 tot wijziging van Richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lidstaten (wijziging Moeder-dochterrichtlijn) is aangegeven dat verenigingen en stichtingen die een onderneming drijven niet als vennootschappen worden gekwalificeerd zodat zij niet onder het bereik van de Moeder-dochterrichtlijn vallen (Kamerstukken II 2004/05, 30 031, nr. 6, blz. 2). Daarbij werd verwezen naar artikel 48 EG-Verdrag. Bij nader inzien lijkt deze verwijzing niet juist. Artikel 48 EG-verdrag bepaalt dat onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of

privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen. Stichtingen en verenigingen kunnen gerangschikt worden onder het begrip overige rechtspersonen. Als zij winst beogen, vallen zij onder het vennootschapsbegrip van artikel 48 EG-verdrag. Toch leidt het voorgaande nog niet tot de conclusie dat stichtingen en verenigingen onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn vallen. Het ligt namelijk niet voor de hand om het begrip vennootschap in de bijlage van de Fusierichtlijn te interpreteren binnen de context van artikel 48 EG-verdrag. Immers het vennootschapsbegrip in artikel 48 EG-verdrag is dermate ruim dat de bijlage dan zonder betekenis zou zijn. Het lijkt daarom meer voor de hand om uit te gaan van een op zichzelf staand begrip van vennootschap in de Fusierichtlijn. Artikel 3 van de Fusierichtlijn geeft aan wat onder vennootschap van een lidstaat wordt verstaan. Op grond van dit artikel dient een vennootschap van een lidstaat een rechtsvorm te hebben zoals in de bijlage genoemd. In de bijlage staat onder letter r onder meer vermeld "andere vennootschappen die zijn opgericht naar Nederlands recht en die onder de Nederlandse vennootschapsbelasting vallen". Een stichting of vereniging is niet een vennootschap naar Nederlands recht. Indien de bedoeling geweest was stichtingen en verenigingen onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn te laten vallen, zou in de bijlage van de Fusierichtlijn niet de term vennootschap gebruikt zijn, maar rechtspersoon of lichaam.

De Minister van Justitie,