

Vergaderjaar 1995–1996

24 702

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de regeling van de splitsing van rechtspersonen

B

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 25 oktober 1995 en het nader rapport d.d. 19 april 1996, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 31 mei 1995, no. 95.004595, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting, houdende regeling van de splitsing van rechtspersonen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 31 mei 1995, nr. 95.004595 machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 26 oktober 1995, nr. WO 3.95.0276, bied ik U hierbij aan.

1. In het voorgestelde artikel 334a lid 1 wordt splitsing omschreven als de rechtshandeling waarbij een of meer rechtspersonen het vermogen van een andere rechtspersoon of een deel daarvan overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving onder algemene titel verkrijgen. In deze definitie worden verschillende rechtsfiguren onder één noemer gebracht. Het voorgestelde begrip splitsing omvat namelijk de «splitsing door overneming» en de «splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen», welke zijn geregeld in Hoofdstuk I, respectievelijk in Hoofdstuk II van richtlijn nr. 82/891/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen (PbEG L 378) (hierna: zesde richtlijn); deze beide vormen van splitsing worden in de toelichting aangeduid als zuivere splitsing. Bovendien wordt onder de wettelijke begripsomschrijving gebracht de buiten de richtlijn om geïntroduceerde figuur van de «afsplitsing». Bij een zuivere splitsing draagt de splitsende rechtspersoon zijn gehele vermogen over aan ten minste twee verkrijgende rechtspersonen. Bij een afsplitsing wordt slechts een deel van het vermogen overgedragen op ten minste één verkrijgende rechtspersoon.

De voorgestelde samenvoeging van uiteenlopende vormen van juridische splitsing acht de Raad van State uit een oogpunt van overzichtelijkheid niet verhelderend, en, met het oog op de consistentie met de zesde richtlijn, niet wenselijk. Alleen al vanwege de uiteenlopende fiscaalrechtelijke gevolgen van de diverse vormen van splitsing dienen deze duidelijk van elkaar te worden onderscheiden in definities waarin de eigen karakteristieken van elke rechtsfiguur vast omlind zijn. Nadere precisering van het begrip splitsing op

de voet van artikel 334a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) dient gepaard te gaan met dienovereenkomstige nuancering van het met dat artikel verbonden artikel 28aa van de Wet op de vennootschapsbelasting, voorgesteld in artikel V van het wetsvoorstel. Uit fiscaal oogpunt is het wenselijk dat ten aanzien van de splitsing van verschillende soorten rechtspersonen ook onderscheid wordt gemaakt in verband met de afwijkende fiscale positie van en consequenties voor de aandeelhouders, onderscheidenlijk de leden. Gelet hierop beveelt de Raad aan de verschillende vormen van splitsing afzonderlijk te definiëren.

1. Overeenkomstig de aanbeveling van de Raad is de definitie van splitsing gesplitst. Artikel 334a lid 1 van het wetsvoorstel zegt nu dat splitsing is zuivere splitsing en afsplitsing. In de leden 2 en 3 van het artikel worden die onderscheiden splitsingsvormen gedefinieerd. Het kenmerkend onderscheid is daarbij niet of het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon overgaat of slechts een deel daarvan, maar of de splitsende rechtspersoon bij de splitsing ophoudt te bestaan. In het algemeen gaat het een met het ander gepaard; artikel 334c lid 1 van het wetsvoorstel bepaalt dat een splitsende rechtspersoon waarvan het gehele vermogen overgaat, bij de splitsing ophoudt te bestaan. Maar artikel 334c lid 2 bevat daarop een uitzondering: de splitsende rechtspersoon blijft bestaan als bij de splitsing een naamloze of besloten vennootschap wordt opgericht waarvan de splitsende rechtspersoon enig aandeelhouder wordt. Deze splitsingsvorm is in de opzet van het wetsvoorstel een vorm van afsplitsing. Een en ander spoort met de fiscale regelgeving die aanknoopt bij het al dan niet voortbestaan van de gesplitste rechtspersoon en niet bij de vraag of het vermogen geheel of gedeeltelijk overgaat. In artikel V zijn de definities van splitsing dienovereenkomstig aangepast.

2. Voorts meent de Raad dat de definitie van splitsing in de eerste volzin van artikel 334a lid 1 aldus kan worden gelezen dat onder splitsing wordt begrepen de rechtshandeling waarbij één rechtspersoon het gehele vermogen van een andere rechtspersoon onder algemene titel verkrijgt. Weliswaar wordt in artikel 334 lid 3, tweede volzin, bepaald dat er ten minste twee verkrijgende rechtspersonen moeten zijn indien de splitsende rechtspersoon na de splitsing ophoudt te bestaan, maar naar het de Raad voorkomt zou reeds uit de definitie van de «zuivere» splitsing zelf moeten volgen dat een overgang van het gehele vermogen van een rechtspersoon op een andere rechtspersoon niet als splitsing gekarakteriseerd kan worden. Het college beveelt aan artikel 334a lid 1 te preciseren.

2. De aanbeveling van de Raad de definitie van zuivere splitsing te preciseren in die zin dat daarin de eis wordt opgenomen dat er ten minste twee verkrijgende rechtspersonen zijn, is aanleiding geweest de hele opzet van artikel 334a opnieuw onder de loep te nemen. Het artikel bevatte aanvankelijk aan de ene kant – in lid 1 – een definitie van splitsing en aan de andere kant – in lid 3 – regels die op straffe van nietigheid bij splitsingen in acht moesten worden genomen (waaronder de door de Raad genoemde eis dat er bij zuivere splitsing twee verkrijgende rechtspersonen zijn). Deze opzet is thans gewijzigd. De regels van lid 3 zijn in de definities van zuivere splitsing en afsplitsing verwerkt. De regeling is daardoor ook in die zin verbeterd dat de mogelijkheid dat een splitsing nietig is, is komen te vervallen; zie hieronder in punt 13.

3. Hoofdstuk III van de zesde richtlijn voorziet in de mogelijkheid van splitsing onder toezicht van de rechter. Deze mogelijkheid is zonder motivering niet overgenomen in het wetsvoorstel. De Raad meent dat onder omstandigheden er wel behoefte kan zijn aan een splitsing onder toezicht van de rechter, ter coördinatie van de onderscheidene belangen van deelnemers en derden, met name de objectieve voorlichting en passende bescherming van de rechten van de betrokken aandeelhouders, overeenkomstig de vijfde en zesde overweging van de preambule van de zesde richtlijn. Het college beveelt aan opnemng van de mogelijkheid van splitsing onder toezicht van de rechter in het wetsvoorstel te overwegen en in ieder geval te motiveren waarom nu geheel is afgezien van deze mogelijkheid.

3. Hoofdstuk III van de zesde vennootschapsrichtlijn¹ geeft een regeling van splitsing onder toezicht van de rechter. De regeling houdt kort samengevat in dat de rechter ontheffing kan verlenen van bepaalde openbaarmakingsregels, mits hij zich ervan heeft vergewist dat aan de aandeelhouders en de schuldeisers van de splitsende vennootschap minimale informatie is verstrekt en dat zij door de splitsing geen schade kunnen lijden.

De Raad beveelt aan een regeling van splitsing onder toezicht van de rechter in het wetsvoorstel op te nemen.

Het komt mij voor dat de door de Raad gesignaleerde behoefte aan splitsing onder toezicht van de rechter vooral zal bestaan ingeval de splitsende rechtspersoon in surséance van betaling verkeert of failliet is. Het wetsvoorstel bevat dienaangaande een voorziening. Artikel 334b lid 7 laat toe dat een rechtspersoon in faillissement of surséance splitst, mits alle verkrijgende rechtspersonen naamloze of besloten vennootschappen zijn die bij de splitsing worden opgericht en de splitsende rechtspersoon daarvan bij de splitsing enig aandeelhouder wordt. Aldus is mogelijk dat een failliete rechtspersoon gezonde bedrijfsonderdelen afsplitst naar een of meer nieuwe volle dochtermaatschappijen. Rechterlijk toezicht ligt in de regeling besloten: op de afwikkeling van het faillissement wordt toezicht gehouden door de rechter-commissaris.

Het lijkt niet nodig te voorzien in een regeling van splitsing onder rechterlijk toezicht buiten het geval van faillissement of surséance van betaling.

Daarbij is te bedenken dat de regeling van splitsing onder rechterlijk toezicht in de zesde richtlijn ertoe strekt de splitsende vennootschap ontheffing te verlenen van bepaalde openbaarmakingsregels. Het rechterlijk toezicht treedt in de plaats van de bescherming die aandeelhouders en schuldeisers aan de openbaarmakingsregels ontnemen. Het toezicht is er dus niet om additionele waarborgen voor aandeelhouders of schuldeisers in het leven te roepen.

In dit licht kan een regeling van splitsing onder rechterlijk toezicht achterwege blijven. De openbaarmakingsregels in het wetsvoorstel zijn voor de splitsende vennootschap niet in hoge mate bezwaarlijk. Aan een regeling die de openbaarmaking vervangt door een rechterlijk toezicht, lijkt dan ook geen behoefte te bestaan.

4. Artikel 334f lid 2, onder g, geeft aan dat in het splitsingsvoorstel moet worden vermeld welke voordelen in verband met de splitsing worden toegekend aan een bestuurder of commissaris van een partij bij de splitsing of aan een ander die bij de splitsing is betrokken. Het college wijst erop dat artikel 3, tweede lid, onder g, van de zesde richtlijn, dat aan het voorgestelde artikelonderdeel ten grondslag ligt, in dit verband noemt de in artikel 8, eerste lid, van de richtlijn omschreven deskundige die het voorstel tot splitsing moet onderzoeken. In dat licht is de vraag gerezen welke personen bedoeld zijn met «een ander die bij de splitsing is betrokken», of dat daarmee uitsluitend wordt bedoeld op de hiervoor aangeduide deskundige. De Raad beveelt aan dit punt te verduidelijken.

4. Artikel 5 lid 2 onder g van de derde vennootschapsrichtlijn² bepaalt voor fusies dat in het fusievoorstel (onder meer) moet worden vermeld «iedere bijzonder voordeel dat wordt toegekend aan de deskundigen in de zin van artikel 10, lid 1». De deskundige in de zin van artikel 10 lid 1 is de accountant die onderzoekt of de ruilverhouding redelijk is.

Bij de implementatie van de derde richtlijn is in de Nederlandse wet voor een wat ruimere omschrijving gekozen. Artikel 312 lid 2 onder d van de fusieregeling bepaalt dat in het fusievoorstel de voordelen moeten worden vermeld die in verband met de fusie worden toegekend aan een bestuurder of commissaris van een te fuseren rechtspersoon of aan «een ander die bij de fusie is betrokken». De deskundige bedoeld in artikel 5 van de derde richtlijn valt daar onder, maar ook bijvoorbeeld een adviseur, die in verband met de fusie heeft geadviseerd, bijvoorbeeld over bedrijfseconomische, fiscale of juridische aspecten. Opmerking verdient dat een redelijk salaris geen voordeel is, dat in het fusievoorstel moet worden meegedeeld.³

Voor de splitsingsregeling is een met de fusieregeling overeenstemmende opzet gekozen. «Een ander die bij de splitsing is betrokken» in artikel 334f lid 2 onder g heeft dezelfde betekenis als dezelfde woorden in artikel 312 lid 2 onder d.

¹ Zesde richtlijn nr. 82/891/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen (PbEG L 378).

² Derde richtlijn nr. 78/855/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g) van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen (PbEG L 295).

³ Vgl. Kamerstukken II, 1981/82, 16 453, nr. 6, blz. 7.

5. Artikel 334i lid 1 bepaalt dat het bestuur van elke partij bij de splitsing verplicht is de algemene vergadering en de andere partijen bij de splitsing in te lichten over na het voorstel tot splitsing gebleken belangrijke wijzigingen in de omstandigheden die de mededelingen in het voorstel tot splitsing of in de toelichting hebben beïnvloed. Deze bepaling, die grotendeels overeenkomt met het voor de fusie voorgeschreven artikel 2:315 lid 1 BW, is gebaseerd op artikel 7, derde lid, van de zesde richtlijn. Daarin wordt echter gesproken van «iedere belangrijke wijziging die zich in de activa en de passiva van het vermogen heeft voorgedaan». Niet is toegelicht waarom deze beperking tot het mededelen van wijzigingen in de activa en passiva van het vermogen niet ook is aangebracht in het voorgestelde artikel. Het college beveelt aan dit toe te lichten en uiteen te zetten voor welke andere wijzigingen in de omstandigheden een mededelingsplicht geïndiceerd is.

5. Artikel 334i, dat bepaalt dat de besturen van de partijen bij een splitsing de algemene vergaderingen en elkaar moeten inlichten over na het voorstel tot wijzigingen in de omstandigheden die de mededelingen in het voorstel tot splitsing of in de toelichting hebben beïnvloed, stemt overeen met artikel 315 van de fusieregeling. De achtergrond van beide artikelen is dat de algemene vergadering over de splitsing respectievelijk fusie moet kunnen besluiten op basis van juiste en volledige informatie. Die informatie moet mede alle eventuele wijzigingen in de omstandigheden omvatten, die voor de besluitvorming van belang zijn.

Een beperking tot wijzigingen in de activa en de passiva van de partijen bij de splitsing ligt tegen deze achtergrond niet voor de hand. Er kunnen allerlei andere omstandigheden zijn, die voor de besluitvorming van belang zijn. Een limitatieve opsomming daarvan is niet te geven. Te denken is bijvoorbeeld aan wijzigingen in de markt waarop een van de partijen bij de splitsing zich begeeft of aan valutaschommelingen, die invloed hebben op de resultaten van de rechtspersoon. De aandeelhouders behoren daarvan op de hoogte te zijn, omdat het hun oordeel omtrent de juistheid van de ruilverhouding kan beïnvloeden. Maar ook wijzigingen in de omstandigheden, die geen financiële gevolgen hebben, moeten aan de algemene vergadering worden meegedeeld. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om de dreiging dat de ondernemingsraad van een partij bij de splitsing tegen het besluit tot splitsing beroep instelt bij de ondernemingskamer.

6. Ten aanzien van artikel 334i is bij de Raad voorts de vraag gerezen naar het verband tussen die bepaling en het voorgestelde artikel 334h lid 5. Noch in het wetsvoorstel, noch in de toelichting wordt duidelijk gemaakt wanneer een wijziging van het splitsingsvoorstel op haar plaats is. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien de wijzigingen in de omstandigheden, de vermogenspositie van partijen daaronder begrepen, ertoe leiden dat de in artikel 334f lid 2, onder d, verlangde beschrijving aan de hand waarvan nauwkeurig kan worden bepaald welke vermogensbestanddelen overgaan dan wel behouden worden door de splitsende rechtspersoon, of de in onderdeel e van dat artikellid bedoelde waardering van het vermogen en de aandelen in het kapitaal die de partijen zullen verkrijgen, niet meer nauwkeurig is. De gedachte zou post kunnen vatten dat, indien ingevolge artikel 334i de algemene vergadering en de andere partijen bij de splitsing worden ingelicht omtrent de wijzigingen in de omstandigheden, een wijziging van het splitsingsvoorstel niet altijd nodig is, met name indien een globale beschrijving en waardering van het vermogen heeft plaatsgevonden overeenkomstig het daaromtrent in de toelichting op artikel 334f vermelde. Op deze wijze zou echter aan de waarde van het splitsingsvoorstel als bron van informatie en als basis voor de splitsing te kort worden gedaan.

Mede gelet op het feit dat in de literatuur, genoemd in voetnoot 3 bij paragraaf 6 van het algemeen deel van de toelichting, discussie is over dezelfde kwestie ten aanzien van het fusievoorstel, adviseert de Raad een koppeling aan te brengen tussen opgetreden wijzigingen in omstandigheden en aanpassing van het voorstel tot splitsing. In ieder geval dient aan dit aspect in de toelichting aandacht te worden besteed.

6. De discussie in de literatuur, waarnaar de Raad verwijst, spitst zich toe op de vraag of bij fusie van vennootschappen een wijziging van de ruilverhouding kan worden bewerkstelligd zonder wijziging van het fusievoorstel. Het

voordeel daarvan zou zijn, dat de procedure van openbaarmaking niet opnieuw behoeft te worden gevolgd.

Het wetsvoorstel bevat op dit punt een regeling. Het voorziet in artikel II onder M in een aanvulling op artikel 326 van de fusieregeling. De aanvulling houdt in dat indien aandelen van een van de te fuseren vennootschappen ter beurze zijn genoteerd, de ruilverhouding afhankelijk kan zijn van de beurskoers voor de fusie. Voor splitsing voorziet het wetsvoorstel in artikel 334x in een vergelijkbare regeling.

Een verdergaande regeling die specificceert in welke gevallen het splitsingsvoorstel móet worden gewijzigd, stuit op bezwaren. Niet elke wijziging in de omstandigheden heeft gevolgen die tot aanpassing van het splitsingsvoorstel nopen. De hiervoor in punt 5 als voorbeeld genoemde dreiging dat een ondernemingsraad tegen het besluit tot fusie beroep instelt bij de ondernemingskamer, is wèl een relevante wijziging in de omstandigheden, die aan de algemene vergadering moet worden meegegeeld, maar niet een wijziging die noodzakelijkerwijs moet leiden tot aanpassing van het splitsingsvoorstel. Ook wijzigingen met mogelijke financiële gevolgen, zoals valutashommelingen, hoeven niet altijd uit te monden in een wijziging van het splitsingsvoorstel. Het is zeer wel denkbaar dat de wijziging de waarderingen onverlet laat, op basis waarvan de ruilverhouding is vastgesteld. Een hanteerbaar criterium dat de wijzigingen in de omstandigheden die wèl aanleiding geven tot wijziging van het splitsingsvoorstel, onderscheidt van de wijzigingen die dat gevolg niet hebben, is niet goed te geven.

Het komt mij voor dat het los daarvan ook niet nodig is zo'n onderscheid in de wet te maken. Het wetsvoorstel regelt dat leden en aandeelhouders van alle wijzigingen in de omstandigheden op de hoogte moeten worden gesteld. Zij kunnen met die wijzigingen bij hun besluit omtrent de splitsing rekening houden en, als zij dat geraden achten, het bestuur verzoeken het splitsingsvoorstel te wijzigen. Schuldeisers worden in het wetsvoorstel verregaand beschermd. In het bijzonder de regel dat na de splitsing alle verkrijgende rechtspersonen en de gesplitste rechtspersoon die voortbestaat, mede aansprakelijk zijn voor de schulden van de splitsende rechtspersoon, brengt mee dat voor benadeling van schuldeisers door een wijziging van de omstandigheden na openbaarmaking van het splitsingsvoorstel niet behoeft te worden gevreesd.

7. Artikel 334l lid 1 bepaalt dat tot een maand nadat alle partijen bij de splitsing de nederlegging van het voorstel tot splitsing hebben aangekondigd, iedere wederpartij in verzet kan komen. Artikel 334m lid 2 bepaalt dat een besluit tot splitsing eerst kan worden genomen na verloop van een maand na de dag waarop alle partijen bij de splitsing de nederlegging van het voorstel tot splitsing hebben aangekondigd.

De vraag rijst of onder «het voorstel tot splitsing» niet alleen verstaan moet worden het oorspronkelijke splitsingsvoorstel, maar ook in voorkomend geval het overeenkomstig artikel 334h lid 5 gewijzigde splitsingsvoorstel, in welk geval na een wijziging van het splitsingsvoorstel een nieuwe termijn van een maand begint te lopen. De Raad acht verduidelijking op dit punt wenselijk.

7. Indien krachtens artikel 334 lid 5 een gewijzigd splitsingsvoorstel openbaar wordt gemaakt, geldt vanaf het moment van openbaarmaking het gewijzigde voorstel als het splitsingsvoorstel. De termijnen die aanknopen bij de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel, beginnen derhalve met de openbaarmaking van het gewijzigde voorstel opnieuw te lopen. Schuldeisers kunnen binnen een maand na de openbaarmaking van het gewijzigde voorstel tegen de splitsing in verzet komen en het besluit tot splitsing kan eerst na verloop van een maand na die openbaarmaking worden genomen. Deze regeling stemt overeen met de regeling voor wijzigingen in een fusievoorstel in artikel 314 lid 5. Niet is gebleken dat die regeling in de praktijk tot complicaties aanleiding geeft.

8. Ten aanzien van de in artikel 334j voorziene overgang van rechtsverhoudingen ontbreekt in de toelichting een uiteenzetting omtrent de verhouding van de in die bepaling gegeven voorzieningen tot de regeling van schuld- en contractsoverneming in de artikelen 155 tot en met 159 van Boek 6 BW, waarin onder andere de status van nevenrechten, zekerheidsrechten en voorrechten

aan de orde komt. Het verdient aanbeveling op de eventuele toepasselijkheid van die bepalingen in te gaan in de toelichting.

8. De artikelen 6:155 tot en met 159 BW geven regels voor de overdracht van schulden en rechtsverhoudingen. Algemeen wordt aangenomen dat de artikelen niet van toepassing zijn op de overgang van schulden en rechtsverhoudingen als onderdeel van de overgang van vermogen onder algemene titel bij fusie.⁴

Voor splitsing zal hetzelfde gelden. De memorie van toelichting is in deze zin aangevuld.

9. Artikel 334m lid 3, derde volzin, geeft een regeling voor de meerderheden die vereist zijn voor een besluit tot splitsing. Daaraan wordt toegevoegd dat een en ander geldt tenzij de bedoelde bepalingen van de statuten na de splitsing onverminderd zullen gelden. Deze bepaling is vergelijkbaar met artikel 317 lid 3 van Boek 2 BW. Het is de Raad echter niet duidelijk welke betekenis de genoemde toevoeging heeft bij splitsing. Zo kan de bepaling niet ingeroepen worden als de splitsende rechtspersoon na de splitsing ophoudt te bestaan en de statuten ervan derhalve niet meer zullen gelden. Het college beveelt aan de toevoeging te verduidelijken dan wel haar te laten vervallen indien zij niet nodig blijkt te zijn.

9. De regel van artikel 334m lid 3 dat een voor de wijziging van een of meer statutaire bepalingen vereiste bijzondere meerderheid niet is vereist, als de bepaling na de splitsing onverminderd zal gelden is, anders dan de Raad veronderstelt, in het bijzonder van belang als de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan. In dat geval brengt zij immers mee dat bij de gewone voor statutenwijziging vereiste meerderheid tot splitsing kan worden besloten, mits de bepalingen die krachtens de statuten alleen met een bijzondere meerderheid kunnen worden gewijzigd, na de splitsing in de verkrijgende rechtspersonen van kracht zullen zijn. De regeling stemt op dit punt overeen met de regeling voor fusie in artikel 317 lid 3.⁵

10. Artikel 334o lid 2 bepaalt dat, indien de rechten van lidmaatschap of de aandelen waarop pandrecht of vruchtgebruik rusten, vervallen en daarvoor niets in de plaats treedt, de rechthebbenden een gelijkwaardige vervanging moeten krijgen. Dit artikel lijkt op het voor fusie voorgeschreven artikel 2:319 lid 2 BW, hetwelk echter tevens bepaalt dat de verkrijgende rechtspersoon de gelijkwaardige vervanging moet geven. Het verdient aanbeveling ook in artikel 334o lid 2 uitdrukkelijk vast te leggen op welke rechtspersonen de plicht rust de vervanging te geven.

10. In artikel 334o lid 2 is toegevoegd dat de «gelijkwaardige vervanging» moet worden gegeven door de verkrijgende rechtspersonen.

Bij nadere overweging is uit de bepaling geschrapd dat zij ook geldt ingeval een recht van lidmaatschap vervalt en daarvoor niets in de plaats treedt. Dat geval kan zich niet voordoen. Lidmaatschapsrechten in een splitsende vereniging vervallen, als haar vermogen overgaat op twee of meer andere verenigingen en de vereniging zelf bij de splitsing ophoudt te bestaan. De leden van de splitsende vereniging worden lid van de verkrijgende verenigingen. Die lidmaatschappen treden voor het vervallen lidmaatschap in de plaats.

11. In artikel 334s lid 1 wordt bepaald dat de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon gezamenlijk rechthebbend zijn op een vermogensbestanddeel, indien aan de hand van de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving niet kan worden bepaald welke rechtspersoon daarop na de splitsing rechthebbend is. Naar het de Raad voorkomt is de logica van de gekozen oplossing niet zonder meer evident. Met het oog op de overzichtelijkheid bij besteding van de bestaande situatie zou het in geval van splitsing in de vorm van een afsplitsing voor de hand liggen dat de gesplitste rechtspersoon, voor zover deze voortbestaat, rechthebbend blijft op een dergelijk vermogensbestanddeel en dat de verkrijgende rechtspersonen uitsluitend gezamenlijk rechthebbend worden indien de gesplitste rechtspersoon niet voortbestaat. De Raad beveelt aan de gemaakte keuze in ieder geval te motiveren.

⁴ Prof. mr. W. C. L. van der Grinten, «Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap», 1992, nr. 405, en «Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht», deel 2-II (De rechtspersoon), 1991, nr. 170e; prof. mr. M. J. G. C. Raaijmakers in «Rechtspersonen» (losbladig), aant. 7 bij art. 309, onder e.; mr. G. van Solinge, «Grensoverschrijdende juridische fusie», blz. 68; prof. mr. F. Molenaar, WPNR 5973, blz. 561. Anders mr. R. H. Maatman en mr. P. A. W. M. Spijkers, «Juridische fusie en zekerheidsrechten op goederen toebehorende aan anderen dan de verdwijnende vennootschap», WPNR 5936, blz. 651.

⁵ Kamerstukken II 1983/84, 18 258, nr. 3, blz. 8; Prof. mr. M. J. G. C. Raaijmakers in «Rechtspersonen» (losbladig), aant. 6 bij art. 317.

11. Het wetsvoorstel is gewijzigd in de door de Raad gesuggereerde zin.

12. Artikel 334u betreft de mogelijkheid van een vernietiging van een splitsing door de rechter. Afgezien van het feit dat lid 4, onder a, van dit artikel de rechter een ruime bevoegdheid geeft om herstel van het tot vernietiging leidende verzuim toe te laten, rijst de vraag of onderdeel b van dit artikellid er in de praktijk niet toe zal leiden dat in nagenoeg alle gevallen waarin desondanks een vernietiging op haar plaats zou zijn, deze toch achterwege moet blijven, omdat de reeds ingetreden gevolgen van de splitsing bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt.

Anders dan de toelichting op dit artikel het doet voorkomen zal het veelal niet zonder meer mogelijk zijn uitsluitend door de vernietiging van de splitsing uit te spreken, de juridische situatie van vóór de splitsing te laten herleven en evenmin om de veranderingen in de feitelijke situatie die zijn opgetreden, ongedaan te maken. Indien bijvoorbeeld de gesplitste rechtspersoon overeenkomstig artikel 334c heeft opgehouden te bestaan, zal rechtens het effect van de vernietiging niet zijn dat de verdwenen rechtspersoon als het ware herleeft. Wanneer bij de splitsing artikel 334b lid 6 is overtreden, zou bij het ongedaan maken van de splitsing zich het probleem kunnen voordoen dat het overgegangene vermogen in de inmiddels failliete boedel van een verkrijgende rechtspersoon is gevallen. Ook de fiscale aspecten verbonden aan de overgang van vermogen van de oorspronkelijke verkrijgende naar de gesplitste rechtspersoon zijn in het kader van de vernietiging niet zonder meer duidelijk.

Gegeven de hiervoor aangeduide problemen, dringt de vraag zich op in welke gevallen gezegd kan worden dat de reeds ingetreden gevolgen van de splitsing zonder bezwaar ongedaan kunnen worden gemaakt. De Raad beveelt aan om de gevallen van vernietiging van een splitsing zoveel mogelijk te beperken en in de toelichting de rechtsgevolgen – de fiscale consequenties daaronder begrepen – van vernietiging van de diverse vormen van splitsing uiteen te zetten.

12. De splitsingsregeling is zo opgezet dat de kans dat een splitsing aan vernietiging blootstaat zoveel mogelijk is beperkt. De notaris die de akte van splitsing verlijdt, moet daarin verklaren dat de wettelijke en statutaire splitsingsregels zijn nageleefd. De verplichte inschakeling van een notaris voorkomt in het algemeen dat aan een splitsing gebreken kleven, die tot vernietiging aanleiding kunnen geven.

In dit opzicht stemt de splitsingsregeling overeen met de fusieregeling.

Die bestaat inmiddels 12 jaar. In die tijd is van de regeling op ruime schaal gebruik gemaakt. Van vernietiging van enige fusie is, voor zover mij bekend, nooit sprake geweest.

De Raad merkt terecht op dat gevolgen van vernietiging van een splitsing zeer ingrijpend zijn. De vernietiging werkt terug tot het tijdstip van de splitsing.

De vermogensovergang wordt geacht niet te hebben plaatsgevonden. Voor zover bij de splitsing verkrijgende rechtspersonen zijn opgericht, worden deze geacht nooit te hebben bestaan. Een gesplitste rechtspersoon die bij de splitsing is opgehouden te bestaan, herleeft (anders dan de Raad veronderstelt) en wel met terugwerkende kracht tot het tijdstip van de splitsing. Er ontstaat zo, in het bijzonder indien zich sinds de splitsing mutaties hebben voorgedaan in het vermogen dat is overgegaan, een ingewikkelde rechts-situatie.

Het is met het oog hierop dat het wetsvoorstel bepaalt dat de rechter een splitsing niet vernietigt als de reeds ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt. In veel gevallen zal deze regel aan vernietiging in de weg staan. Dat zal in het bijzonder zo zijn als tussen de splitsing en de uitspraak omtrent de vernietiging geruime tijd verstreken is. Desalniettemin kan de regel bezwaarlijk worden gemist. De regels die op straffe van de mogelijkheid van vernietiging moeten worden nageleefd, kunnen niet zonder sanctie blijven. Vernietiging is in dat verband een voor de hand liggende en passende reactie. Voor het geval vernietiging met het oog op de gevolgen daarvan niet in aanmerking komt, bepaalt het wetsvoorstel dat de verkrijgende rechtspersoon en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon kunnen worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding.

13. Artikel 334u lid 2, tweede volzin, bepaalt dat een niet door de rechter vernietigde splitsing geldig is. Het ontgaat het college wat de betekenis is van

deze volzin, aangezien deze niet kan impliceren dat een splitsing die nietig is – welke nietigheid de rechter niet hoeft uit te spreken, ook al kan de rechter dienaangaande om een declaratoir vonnis gevraagd worden – ook geldig zou zijn. De Raad beveelt aan de volzin te laten vervallen.

13. De Raad signaleert terecht dat een splitsing die nietig is, niet geldig kan zijn totdat de rechter haar heeft vernietigd. De mogelijkheid dat een splitsing nietig zou zijn, werd geopend door artikel 334a lid 3 van het wetsvoorstel zoals dat bij de Raad was ingediend. De bepaling regelde dat een splitsing nietig was indien zij niet gepaard ging met een wijziging in de structuur waarvan de splitsende rechtspersoon deel uitmaakte.

Zoals in punt 2 is uiteengezet is artikel 334a anders opgezet naar aanleiding van de aanbeveling van de Raad om de eis dat er bij zuivere splitsing ten minste twee verkrijgende rechtspersonen zijn, in de definitie van zuivere splitsing op te nemen. Artikel 334a lid 3 is daarbij in de definitie verwerkt. Een rechtshandeling die ertoe strekt vermogen onder algemene titel te doen overgaan zonder dat dat gepaard gaat met de vereiste structuurwijziging, is in de gewijzigde opzet geen splitsing. De regel van artikel 334u lid 2 dat een niet door de rechter vernietigde splitsing geldig is, is op zo'n rechtshandeling niet van toepassing.

14. *Naar het oordeel van de Raad is de hoofdregel van het in artikel V opgenomen artikel 28aa van de Wet op de vennootschapsbelasting prohibitief voor het uitvoeren van een splitsing, omdat de splitsing leidt tot heffing van vennootschapsbelasting over de stille en fiscale reserves alsmede goodwill en tevens tot heffing van inkomstenbelasting over de nog niet uitgedeelde winst. Dit regime kent een geheel ander uitgangspunt dan de regeling die ook voor nationale (juridische) fusies is gaan gelden bij gelegenheid van de implementatie van de zogenoemde fusierichtlijn (richtlijn nr. 90/434/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil, PbEG L 225). Laatstgenoemde regeling kent als uitgangspunt doorschuiving van de fiscale claims naar de rechtsopvolgers. Er is geen overtuigende reden aangevoerd waarom dit uitgangspunt ook niet voor de onderhavige splitsing zou kunnen gelden. In ieder geval wordt dan de spanning met de communautaire regelgeving vermeden die uitgaat van het voorkomen van belastingheffing ter gelegenheid van – onder meer – splitsing van de vennootschap teneinde zo min mogelijk belemmeringen voor de totstandkoming van de gewenste groepering van ondernemingsactiviteiten op te roepen. Artikel 28aa van de Wet op de vennootschapsbelasting dient in deze zin te worden heroverwogen.*

15. *De omstandigheid dat blijkens de paragrafen 12 en volgende van de toelichting is voorzien in fiscale begeleiding doet aan hetgeen in punt 14 is gesteld niet af. In ieder geval moet bij de invoering van de onderhavige regeling bekend zijn onder welke voorwaarden deze fiscale begeleiding plaatsvindt. Gegeven de ruime ervaring die de belastingadministratie onder meer met de gefacilieerde bedrijfsfusie heeft opgebouwd, doet de opmerking, dat eerst ervaring met de rechtsfiguur moet zijn opgedaan voordat de standaardvoorwaarden kunnen worden geformuleerd, geen recht aan deze ervaring. Naar het oordeel van de Raad dienen de concept-standaardvoorwaarden voor de splitsing bij de toelichting te worden gevoegd.*

16. *Het is de Raad opgevallen dat in het algemeen deel van de toelichting in de paragraaf over de fiscaalrechtelijke aspecten geen aandacht is besteed aan de zogenoemde ruilarresten (Hoge Raad 28 december 1951, B.9129 en andere). Naar het de Raad voorkomt is de in deze jurisprudentie neergelegde ruilgedachte onder omstandigheden ook bij splitsing toepasselijk. Het college beveelt aan de toelichting aan te vullen met een beschouwing over de betekenis van de ruilarresten in het kader van de fiscale begeleiding van de splitsing.*

14, 15, 16. Het oordeel van de Raad dat het in artikel V opgenomen artikel 28aa van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 prohibitief is voor het uitvoeren van een splitsing omdat het eerste en tweede lid van artikel 28aa leiden tot heffing van vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting, wordt

niet gedeeld door de Staatssecretaris van Financiën. Het artikel als geheel biedt juist de mogelijkheid om een juridische splitsing fiscaal geruisloos te laten verlopen.

De Raad merkt terecht op dat anders dan voor de fiscale begeleiding van de juridische fusie, maar in overeenstemming met die van de omzetting van rechtspersonen, is gekozen voor een opzet waarbij de fiscale gevolgen van een juridische splitsing in de wet zijn vastgelegd, waarna onder nadere voorwaarden op verzoek doorschuiving van de geconstateerde claims naar de rechtsoptvolgers plaatsvindt.

Met deze opzet wordt zeker gesteld dat fiscale claims niet verloren gaan.

Voorts staat de opzet van de fiscale regeling naar de mening van de Staatssecretaris van Financiën niet op gespannen voet met de fusierichtlijn (richtlijn nr. 90/434/EEG van de Raad van de Europese gemeenschappen betreffende de gemeenschappelijke regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil, PbEG L 225). In de richtlijn wordt immers ook rekening gehouden met de twee hiervoor genoemde belangen: aan de ene kant voorkomen dat ter zake van een juridische splitsing belasting wordt geheven, aan de andere kant veilig stellen van de financiële belangen van de Staat waarin de inbrengende, dan wel de verkrijgende vennootschap is gevestigd.

De opmerkingen van de Raad over het verschil in fiscale begeleiding van een juridische splitsing en een juridische fusie hebben wel tot het inzicht geleid dat het de voorkeur verdient de fiscale begeleiding van de verschillende vormen van de overgang van vermogen onder algemene titel bij rechtspersonen zoveel mogelijk op dezelfde wijze vorm te geven. Dit is aanleiding geweest om de fiscale bepalingen uit dit wetsvoorstel te halen. In plaats daarvan zal de Staatssecretaris van Financiën op korte termijn komen met een afzonderlijk wetsvoorstel met betrekking tot de fiscale begeleiding van de overgang van vermogen in het kader van een juridische splitsing dan wel een juridische fusie. Uitgangspunt daarbij zal zijn de huidige begeleiding bij de omzetting van rechtspersonen.

17. Voor een aantal redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

17. Aan de redactionele kanttekeningen van de Raad is aandacht besteed.

Daarbij is in aanmerking genomen dat de opzet en uitwerking van de splitsingsregeling in belangrijke mate overeenstemmen met die van de fusieregeling. Het komt wenselijk voor bepalingen in splitsingsregeling die dezelfde strekking hebben als bepalingen in de fusieregeling, ook zoveel mogelijk gelijk te formuleren.

De Raad geeft in overweging in de artikelen 334x lid 4 en 334ii naast aandelen of aandeelhouders ook certificaten respectievelijk certificaathouders te noemen. Deze suggestie is niet overgenomen. De regel van artikel 334x lid 4 dat aandelen die een verkrijgende rechtspersoon houdt in het kapitaal van de splitsende vennootschap vervallen als de splitsende vennootschap ophoudt te bestaan, voorkomt dat de verkrijgende vennootschap voor de aandelen in de splitsende vennootschap die zij bij de splitsing verkrijgt, eigen aandelen aan zichzelf zou moeten uitreiken. In het geval van certificaten worden de aandelen echter niet uitgereikt aan de vennootschap zelf, maar aan het administratiekantoor.

Toevoeging van certificaathouders in artikel 334ii is onnodig. Als een administratiekantoor op de voet van dat artikel aandeelhouder wordt van een groepsmaatschappij van een verkrijgende vennootschap, ligt daarin besloten dat de certificaathouders voor wie het administratiekantoor de aandelen houdt, certificaten van aandelen in de verkrijgende vennootschap zullen moeten verkrijgen. Of de administratievoorwaarden dat toelaten, is een andere vraag. In de administratievoorwaarden zal met deze mogelijkheid rekening moeten worden gehouden. Dat is niet anders dan bij fusie, waarvoor krachtens artikel 334 een vergelijkbare regeling geldt.

18. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt in het wetsvoorstel nog een enkele verbetering aan te brengen.

Bij nadere overweging leek het minder juist om in artikel 334t te spreken van «hoofdelijke verbondenheid». Hoofdelijke verbondenheid veronderstelt aansprakelijkheid van alle verbondenenen voor het geheel, terwijl artikel 334t nu

juist voorziet in een beperkte aansprakelijkheid voor die rechtspersonen, die de schuld niet primair aangaat. Artikel 334t is daarom anders geformuleerd, zonder dat daarmee enige inhoudelijke wijziging is beoogd.

In artikel III is een nieuw onderdeel B ingevoegd, dat ertoe strekt splitsing toe te voegen in de opsomming van wijzen van verkrijging van goederen onder algemene titel in artikel 3:80 lid 2 BW.

Toegevoegd is een nieuw artikel XIV, dat voorziet in wijziging van artikel 9.1.3. van de Wet educatie en basisonderwijs.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
W. Scholten*

Ik moge U verzoeken het hierbij gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,
W. Sorgdrager

Bijlage bij het advies van de Raad van State van 25 oktober 1995, no. W03.95.0276, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft

Wetsvoorstel

- In het opschrift ook tot uitdrukking brengen dat het wetsvoorstel strekt tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten.
- In de artikelen 334a lid 3, tweede volzin, 334b de leden 1 en 2, 334f lid 4, 334o lid 2, 334p lid 1, 334q de leden 3 en 4, 334w, 334z, 334aa de leden 1, 2 en 3, 334cc, onder c, en 334gg overeenkomstig aanwijzing 53 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) het werkwoord «moeten» zoveel mogelijk vermijden.
- In artikel 334d lid 3, onder c, «zelfs» laten vervallen.
- In artikel 334f lid 2, onder e, «artikel 334g lid 3» vervangen door: artikel 334g lid 2.
- In artikel 334h lid 5 overeenkomstig aanwijzing 65 Ar «1-4» vervangen door: 1 tot en met 4. Tevens in artikel 334hh «334y-334aa» vervangen door: 334y tot en met 334aa. Ten slotte in artikel 334ii lid 3 «334f-334dd» en «334k-334m» vervangen door: 334f tot en met 334dd, respectievelijk door: 334k tot en met 334m.
- In artikel 334j lid 4 overeenkomstig aanwijzing 80, tweede lid, Ar «de vorige leden» vervangen door: de leden 1 tot en met 3.
- In artikel 334p lid 1 na «hetzij schadeloosstelling» toevoegen: krijgen.
- In artikel 334r lid 1 na «een der partijen» toevoegen: bij de overeenkomst.
- In artikel 334x lid 1 «te fuseren vennootschap» vervangen door: splitsende vennootschap. Tevens in dit artikellid «fusie» vervangen door: splitsing.
- In artikel 334x lid 4 na «Aandelen» toevoegen: of certificaten van aandelen. Tevens in artikel 334ii lid 1 na «aandeelhouders» toevoegen: respectievelijk certificaathouders. Voorts in dit artikellid na «aandeelhouder» steeds toevoegen: respectievelijk certificaathouder. Ten slotte in Artikel II, onder M, na «die aandelen» toevoegen: of die certificaten.
- In Artikel II, onder B, «in overeenstemming met» vervangen door: overeenkomstig.
- In Artikel II, onder F, «402c lid 6» vervangen door: 204c lid 6.
- In Artikel II, onder M, onder 1, «leden 1-3» en «leden 2-4» vervangen door: leden 1 tot en met 3, respectievelijk door: leden 2 tot en met 4.
- In Artikel II, onder P, «artikel 334 lid 4» vervangen door: artikel 334 lid 3.

Memorie van toelichting

- In het Algemeen deel, paragraaf 6, en in de toelichting op artikel 334j, voetnoot 7, aanwijzing 89, tweede lid, Ar in acht nemen.
- In de toelichting op de artikelen 334w en 334aa, en op Artikel II, onder G, H, K en L, en onder J, «boek 2» steeds vervangen door: Boek 2 BW.
- In de laatste zin van de toelichting op artikel 334hh «tweede zin» vervangen door: eerste zin.
- De toelichting op Artikel XV in overeenstemming brengen met de tekst van het wetsvoorstel, aangezien een inwerkingtreding met ingang van de eerste dag van de tweede kalendermaand na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst, geen onverwijld inwerkingtreding geacht kan worden.