



De juridische fusie en het terinzage leggen van financiële verantwoordingen.

1. Inleiding

Aan de voet van de akte van fusie moet de notaris -kortweg- verklaren dat hem is gebleken dat alle (vorm)voorschriften in acht zijn genomen die voor het tot stand komen van de fusie vereist zijn op grond van Titel 7 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek¹ en de statuten. Het is hierom dat de notaris ook moet controleren of de juiste financiële stukken op de juiste manier ter inzage zijn gelegd en/of zijn gepubliceerd. Met name wanneer het betreft een fusie tussen een moedermaatschappij en haar 100% dochtermaatschappij, waarvoor de moeder een aansprakelijkheidsverklaring heeft afgelegd in de zin van artikel 403², bestaat onduidelijkheid over de vraag welke financiële verantwoordingen van de 403-dochter ter inzage moeten worden gelegd dan wel moeten worden gepubliceerd. Met name betreft dit de tussentijdse vermogensopstelling en de drie laatst vastgestelde verkorte jaarrekeningen van de 403-dochter. Hieronder volgen onze bevindingen.

2. Vereenvoudigde fusie op grond van artikel 333

Hieronder zal de vraag aan de orde komen welke financiële verantwoordingen waar ter inzage dienen te worden gelegd in het kader van een -voorstel tot- fusie (artikelen 313 en 314). Deze vraag zullen wij toespitsen op de hieronder geschetste situatie:

Een moedermaatschappij, een BV, heeft

een zogenaamde '403 verklaring' afgegeven met betrekking tot haar 100% dochtermaatschappij, eveneens een BV, waardoor deze dochter kan volstaan met het opstellen van een verkorte balans en winst- en verliesrekening, welke zij niet hoeft te publiceren.³ Deze moeder wil, als verkrijgende vennootschap, fuseren met haar 100% dochter.

Artikel 333 bepaalt voor deze situatie: *'Indien de verkrijgende vennootschap fuseert met een vennootschap waarvan zij alle aandelen houdt, zijn de artikelen 326-328 niet van toepassing.'*

Er hoeft derhalve geen ruilverhouding voor de aandelen te worden vastgesteld en deze hoeft ook niet te worden opgenomen in het fusievoorstel. De overige artikelen waarin de fusie wordt geregeld zijn echter wel onverkort van toepassing. Op grond van deze regeling dienen de besturen eerst een voorstel tot fusie op te stellen, zoals geregeld in artikel 312. Indien er geen andere bijzondere rechtshabbers zijn dan de moeder, hoeft het bestuur van de verdwijnende dochter op grond van artikel 313 lid 3 geen schriftelijke toelichting te voegen bij het voorstel.

3. Tussentijdse vermogensopstelling

Wanneer een fusie plaatsvindt zes maanden na het begin van het boekjaar, dient een tussentijdse vermogensopstelling te worden gemaakt conform lid 2 van artikel 313.⁴ Tot 1 februari 1998 stond in dit artikel te lezen dat een tussentijdse vermogensopstelling moest worden opgesteld indien 'het laatste boekjaar van de rechtspersoon, waarover een jaarreke-

ning of andere financiële verantwoording is vastgesteld, en openbaar gemaakt, meer dan zes maanden ... is verstreken'. Deze formulering hield in dat alleen een tussentijdse vermogensopstelling hoefde te worden opgemaakt indien een jaarrekening was gepubliceerd. Aangezien een 403-dochter geen jaarrekening hoeft te publiceren was zij vrijgesteld van het opmaken van een tussentijdse vermogensopstelling.

Hierin heeft de minister verandering gebracht ter gelegenheid van de invoering van de splitsingswetgeving. De tekst van artikel 313 werd aangepast overeenkomstig de tekst van artikel 334g

1. Voorzover niet anders aangeduid zijn alle hierna te noemen artikelen uit Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.
2. Hierna te noemen: "403-dochter"
3. Artikel 2:403 BW:
lid 1 *'Een tot een groep behorende rechtspersoon behoeft de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van deze titel in te richten, mits:*
a. *de balans in elk geval vermeldt de som van de vaste activa, de som van de vlottende activa, en het bedrag van het eigen vermogen, van de voorzieningen en van de schulden, en de minst- en verliesrekening in elk geval vermeldt het resultaat uit de gemene bedrijfsuitoefening en het saldo der overige baten en lasten, een en ander na belastingen;....'*
b. *de onder c bedoelde rechtspersoon (de moedermaatschappij) ...schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden.*
lid 3 *' Voor een rechtspersoon waarop lid 1 van toepassing is, gelden de artikelen 391 tot en met 394 niet.'*
Artikel 2:394 regelt de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening.
4. Dit artikel is aangepast ter gelegenheid van de invoering van de juridische splitsing op 1 februari 1998, Stb. 1997,776

die geldt voor de juridische splitsing; de woorden *en openbaar gemaakt* werden geschrapt. Vanaf de invoering van deze herziening moet dan ook voor 403-dochters, ingeval van een fusie met een 100% moedervenootschap, een tussentijdse vermogensopstelling worden gemaakt. De minister gaf in haar nota naar aanleiding van het verslag⁵ toe “*dat een tussentijdse vermogensopstelling in de praktijk vervelend kan zijn*”, en meende “*dat het belang van de crediteuren zwaarder moet wegen*”.

4. Openbaarmaking

Het voorstel tot fusie dient tezamen met de stukken genoemd in artikel 314 te worden neergelegd ten kantore van het handelsregister. Dit artikel zegt in lid 1 onder b:

‘de laatste drie vastgestelde jaarrekeningen of andere financiële verantwoordingen van de te fuseren rechtspersonen, met de accountantsverklaring daarbij, voor zover deze stukken ter inzage liggen of moeten liggen’

Eveneens wordt onder lid 1 onder d over ter inzage leggen gesproken:

‘Tussentijdse vermogensopstellingen of niet vastgestelde jaarrekeningen, voor zover vereist ingevolge artikel 313 lid 2 en voor zover de jaarrekening van de rechtspersoon ter inzage moet liggen.’

Wat wordt hierin bedoeld met ‘ter inzage liggen of moeten liggen’? Ter inzage liggen bij het handelsregister of ten kantore van de vennootschap? Wordt in lid 1 iets anders bedoeld dan in lid 2 van artikel 314 waarin wordt gesproken van *openbare* ter inzage legging? Dit zou betekenen dat de verkorte balans en winst- en verliesrekening, alsmede de eventuele tussentijdse vermogensopstelling moeten worden neergelegd ten kantore van het Handelsregister. Immers deze financiële verantwoordingen dient de 403-dochter ingevolge artikel 403 lid 1 letter a op te maken en ingevolge artikel 212 immers *ter inzage te leggen* ten kantore van de vennootschap voor de aandeelhouders en certificaathouders. Uit de Kamerstukken⁶ blijkt dat de minister heeft beoogd te regelen dat de vennootschappen die hun jaarstukken *openbaar* dienen te maken, tevens de jaarrekeningen over de afgelopen drie jaar en een eventuele tussentijdse vermogensopstelling bij het fusievoorstel dienen openbaar te maken.

Het zou dan ook meer voor de hand hebben gelegen en consequenter zijn

geweest als zou zijn aangeknoopt bij de (oude) formulering van artikel 313. Er zou dan hebben gestaan: ‘openbaar zijn gemaakt of openbaar moeten zijn gemaakt’.

Uit het bovenstaande blijkt dat voor de 403-dochter geen jaarrekening (de verkorte balans en winst- en verliesrekening) en ook geen tussentijdse vermogensopstelling ten kantore van het handelsregister hoeft te worden neergelegd. Dit ligt in de rede als wordt bedacht dat crediteuren die hebben gecontracteerd met de dochter ook vóór de fusie nooit een jaarrekening van de dochter hebben kunnen inzien en ook met de fusie deze mogelijkheid niet zullen krijgen. Opmerkelijk is wel dat het argument van de minister om alle vennootschappen te verplichten een tussentijdse vermogensopstelling op te maken, was gelegen in het belang van de crediteuren, terwijl nu blijkt dat deze crediteuren geen inzage in deze tussentijdse vermogensopstelling hebben en derhalve ook geen belang hebben bij het opmaken ervan.

5. Ter inzage legging

Naast de deponeringsplicht in het handelsregister, waarvan de 403-dochter zoals hierboven betoogd is vrijgesteld, is er in de fusiewetgeving nog een deponeringsplicht en wel ten kantore van de vennootschap zelf, of bij gebreke van een kantoor, aan de woonplaats van de bestuurder op grond van artikel 314 lid 2 :

‘Tegelijkertijd legt het bestuur de stukken, met inbegrip van jaarrekeningen en jaarverslagen die niet ter openbare inzage behoeven te liggen...neer ten kantore van de vennootschap...’

Deze bepaling is opgenomen ten behoeve van de aandeelhouders of eventuele bijzonder gerechtigden –zoals bijvoorbeeld houders van winstbewijzen of converteerbare obligaties–, die recht hebben op inzage in de vermogenspositie van ‘hun’ vennootschap.⁷

Wat moet nu worden verstaan onder ‘de stukken... die niet ter openbare inzage behoeven te liggen’?

Dortmond⁸ stelt dat alle stukken die bij het handelsregister moeten worden gedeponerd, *doch ook een van deze deponering vrijgestelde tussentijdse vermogensopstelling*, ter inzage moeten worden gelegd ten kantore van de vennootschap. Wij nemen het standpunt in dat ingevolge bovenstaande bepaling ten kantore van de vennootschap tevens moeten

worden neergelegd de drie voorgaande –niet gepubliceerde– verkorte jaarrekeningen van de 403-dochter. Wij menen dat deze drie jaarrekeningen op grond van de tekst van artikel 314 lid 2 tevens vallen onder ‘jaarrekeningen en jaarverslagen die niet ter openbare inzage behoeven te liggen’ en knopen daarmee aan bij lid 1 van artikel 314. Voor de dochtervennootschap is dit eenvoudig te realiseren: als het goed is bestaan de verkorte balans en winst-/verliesrekening van de afgelopen jaren toch al. Het zou goed zijn als de wet op dit punt duidelijker zou kunnen zijn, aangezien deze thans voor meerdere uitleg vatbaar is.

Naar onze mening schiet deze bepaling in de door ons geschetste situatie haar doel enigszins voorbij. De ter inzage legging in dit artikel is namelijk geschreven in het belang van de aandeelhouders en bijzonder rechthebbenden. Immers, in een ‘normale’ fusie situatie –geen 100% moeder-dochterverhouding– verkrijgen de aandeelhouders in de verdwijnende vennootschap aandelen in een andere vennootschap hetgeen hun positie verandert. Zij hebben er in dat geval belang bij om nogmaals de mogelijkheid te hebben het verloop van de cijfers van de vennootschap waarin zij aandelen hebben, in te zien, alvorens zij beslissen wel of geen verzet tegen het voorstel in te dienen. Dit belang speelt echter niet bij een 100% moedervenootschap die de cijfers van haar 403-dochter vennootschap in haar eigen jaarstukken heeft geconsolideerd en waar verder geen bijzonder gerechtigden zijn.

5. Tweede kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24 702, nr. 6, blz 8.

6. Tweede kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24 702, nr. 8, blz. 3: “*Bij de nota van wijziging mas als eis voor een tussentijdse vermogensopstelling in de artikelen 334g en 313 geschrapt dat de jaarrekening gepubliceerd moet zijn. Deze wijziging zou door de samenhang met artikel 334h lid 1 onder d en artikel 313 lid 1 onder d ten gevolge hebben dat een tussentijdse vermogensopstelling wel zou moeten worden gepubliceerd hoewel de jaarrekening (ter vervanging waarvan de vermogensopstelling strekte) niet onder de publicatieplicht valt. Deze onevenwichtigheid is ook hersteld (nrs. 2 en 5).*”

7. Artikel 314 lid 2; zo ook: Tweede kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24 702, nr. 6, blz 12.

8. Prof. Mr. P.J. Dortmond, De invloed van de splitsingswetgeving op juridische fusie, De Naamloze Vennootschap 76, 2 februari 1998, p. 35.

6. Conclusie

Indien een moedervenootschap met haar 403-dochter wenst te fuseren, dient -ingeval meer dan zes maanden zijn verstreken sinds het einde van het laatste boekjaar- voor die dochter een tussentijdse vermogensopstelling gemaakt te worden, op grond van het bepaalde in artikel 313. Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 314 lid 1 onder d blijkt dat deze tussentijdse vermogensopstelling niet openbaar gemaakt hoeft te worden door nederlegging ten kantore van het Handelsregister. Dit blijkt evenwel niet duidelijk uit de tekst van de wet. Door toevoeging van het woord 'openbare terinzagelegging' in bedoelde bepaling, kan de tekst van de wet in overeenstemming worden gebracht met hetgeen blijktbaar door de wetgever is bedoeld.

De tussentijdse vermogenstelling dient niet ten kantore van het handelsregister, doch wel ten kantore van de vennootschap te worden gelegd op grond van lid 2 van artikel 314, terwijl de verplich-

ting om een tussentijdse vermogensopstelling te maken gegrond is op het belang van de crediteuren. Het lijkt ons dat deze meer gebaat zijn bij publikatie ten kantore van het handelsregister dan nederlegging ten kantore van de vennootschap, welke nederlegging blijkens lid 2 van dit artikel alleen strekt ter inzage van de aandeelhouders en bijzonder rechthebbenden jegens de vennootschap. Indien crediteuren geen inzage hebben in de tussentijdse vermogensopstelling, hebben zij ook geen belang bij het opmaken daarvan en kan de verplichting daartoe in de door ons beschreven situatie worden opgeheven. Ook op een ander punt is de wettekst onduidelijk, namelijk wat betreft de verplichting tot deponering van de verkorte jaarrekeningen van de 403-dochter. Aanknopen bij het bepaalde in lid 1 van artikel 314 bepleiten wij dat op grond van lid 2 van dit artikel de drie voorgaande - niet gepubliceerde - verkorte jaarrekeningen van de 403-dochter tevens ten kantore van de vennootschap

dienen te worden neergelegd. Deze verplichting lijkt ons evenwel haar doel voorbij te schieten ingeval van een fusie met een 403-dochter waar geen bijzonder rechthebbenden zijn. Een aanpassing van de wet in deze zin ware aan te bevelen.

De wetgever heeft ter gelegenheid van de invoering van de regeling van de juridische splitsing wijzigingen aangebracht in sommige bepalingen van de fusiewetgeving, maar bovengenoemde onduidelijkheden in de wet laten staan. Wij hopen dat zich wel een nieuwe gelegenheid aandient om deze onduidelijkheden in de wettekst ongedaan te maken, en om de wet in de door ons aanbevolen zin aan te passen.

*Mr. W. Bosse**

*Mevr. mr. H.M. Molenaar***

* Notaris te Amsterdam

** Advocaat te Amsterdam