

Voorjaarsschoonmaak

Juridische fusie in groepsverband – een praktische bijdrage

Bb 2017/26

In dit artikel bespreken de auteurs de juridische fusie in groepsverband en gaan in op de te doorlopen juridische procedure die hiervoor gevolgd moet worden.

1. Inleiding

Concerns kennen vaak een indrukwekkende kerstboom aan vennootschappen. Voor nieuwe activiteiten worden nieuwe vennootschappen opgericht en bij overnames wordt regelmatig een bestaande groep toegevoegd aan het eigen concern. Deze entiteiten kunnen uiteraard elk hun eigen nut hebben, maar dat is lang niet altijd het geval. Het management doet er daarom goed aan om samen met de bedrijfsjurist de concernstructuur zo nu en dan kritisch tegen het licht te houden. Vennootschappen die niet meer actief of nodig zijn, kunnen worden opgeruimd om onnodige instandhoudingskosten te besparen. Dat opruimen kan op verschillende manieren gebeuren. De meest voor de hand liggende binnen concernverband zijn de juridische fusie en de (turbo)liquidatie.

In dit artikel zullen wij eerst ingaan op de vraag wanneer een (turbo)liquidatie en wanneer een fusie van een groepsvennootschap het meest voor de hand ligt. Omdat recent verscheidene lezenswaardige artikelen zijn verschenen over de (turbo)liquidatie² beperken wij ons in het vervolg van dit artikel vooral tot een praktische bijdrage over de juridische fusie in groepsverband. De ervaring leert dat bij een fusie in groepsverband een aantal meer praktische aspecten een grote rol kunnen spelen.

Vanwege de omvang van dit artikel worden alleen fusies van niet-beursgenoteerde Nederlandse kapitaalvennootschappen behandeld en blijft de grensoverschrijdende fusie buiten beschouwing. Ook gaan we er – vanwege het veronderstelde concernverband – vanuit dat 100% van het geplaatste kapitaal van de te fuseren entiteiten binnen concern wordt gehouden en dat dus geen aandeelhouders betrokken zijn die geen deel uitmaken van het concern. Fiscale aspecten van de juridische fusie blijven eveneens buiten beschouwing. Ten slotte gaan we uit van een Nederlandse casus: activa en passiva van de bij de fusie betrokken partijen zijn gelegen in en worden beheerst door Nederlands recht.

1 Mariel Vrielink is toegevoegd notaris en Corinne Kuipers is advocaat bij Van Benthem & Keulen Advocaten & Notariaat in Utrecht.

2 H. Koster, 'De turboliquidatie nader beschouwd', *Bedrijfsjuridische Berichten* 2016/89; M.Y. Nethé, 'Reuring rond turboliquidatie', *Ondernemingsrecht* 14 december 2016; S. Renssen, 'Een BV in zwaar weer: turboliquidatie of faillissementsaanvraag?' *Ondernemingsrecht* 2014/121; P.H.N. Quist, 'Enkele kanttekeningen bij ontbinding zonder vereffening', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk*, nummer 2, april 2014; S. Renssen, 'Het faillissement van een herleefde turbogeliquideerde B.V.: een vreemde eend in de bijt', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2013-4; M.Y. Nethé, 'Attestatie de vita na toepassing van turboliquidatie', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 144 afl. 6993, p. 950-953.

2. Juridische fusie versus (turbo)liquidatie

Gevolg van een juridische fusie is dat een of meer vennootschappen ophouden te bestaan en dat hun vermogen onder algemene titel overgaat op een andere vennootschap. Dat betekent dat alle activa en passiva van de verdwijnende vennootschap(en) op het moment van de fusie automatisch overgaan op de verkrijgende vennootschap. Wordt een vennootschap ontbonden, dan zal hij uiteindelijk ook ophouden te bestaan, maar is geen sprake van overgang van vermogen onder algemene titel. Bij een ontbinding van een vennootschap zal het vermogen³ van die vennootschap onder bijzondere titel overgaan: ofwel als gevolg van het doen van een liquidatie-uitkering ofwel doordat de vennootschap in aanloop naar een ontbinding of tijdens de vereffeningperiode zijn vermogen zal vervreemden.

Om een overgang onder bijzondere titel te bewerkstelligen, zal duidelijk moeten zijn welke vermogensbestanddelen overgedragen moeten worden. Het is daarvoor nodig dat inzicht bestaat in de vermogensbestanddelen waartoe de te ontbinden vennootschap gerechtigd is. Omdat bij een juridische fusie in beginsel het gehele vermogen overgaat, is het niet nodig om een beschrijving van alle afzonderlijke bestanddelen te maken. Dit is enerzijds een praktisch voordeel van de juridische fusie ten opzichte van de (turbo)liquidatie, maar levert ook een gevaar op omdat niet duidelijk zou kunnen zijn welke vermogensbestanddelen overgaan. Dit risico is het grootst als men niet bekend is met de volledige historie van een vennootschap. In die situatie kunnen tot het vermogen van de verdwijnende vennootschap vermogensbestanddelen of aansprakelijkheden behoren die niet bekend waren ten tijde van de fusie. Deze kunnen voor de verkrijgende vennootschap een onaangename verrassing zijn. Zeker wanneer het de bedoeling is om vennootschappen uit een overgenomen groep op te ruimen dient de nodige voorzichtigheid te worden betracht omdat het huidige management – anders dan op basis van eventuele garanties in de overname – het verleden van een vennootschap niet kent. Maar ook bij vennootschappen die al heel lang binnen het eigen concern bestaan, kan het voorkomen dat het huidige management de historie onvoldoende kent om een gedegen risico inschatting te maken. Is daarentegen bekend dat een vennootschap mogelijk nog een voordeel kan verwachten of een claim uit kan oefenen, maar verder geen toegevoegde waarde meer binnen het concern heeft, dan is de juridische fusie een middel om het mogelijk toekomstig actief binnen concern te houden, maar het concern niet groter te laten zijn dan nodig.

De juridische fusie is over het algemeen minder werk dan een reguliere ontbinding met vereffeningprocedure. Kan

3 In het kader van een liquidatie zullen de schulden over het algemeen worden voldaan en zullen voornamelijk activa worden overgedragen.

echter voor een turboliquidatie worden gekozen, dan is dat de snelste en gemakkelijkste route om een vennootschap op te laten houden te bestaan. Heeft een vennootschap nog activa, dan is de turboliquidatie geen optie⁴ en dient te worden bezien of de reguliere ontbinding met vereffening of een juridische fusie de voorkeur verdient. Als voldoende kennis bestaat over de vermogenstoestand van de verdwijnende vennootschap en de risico inschatting over het bestaan van onbekende verplichtingen positief uitvalt, dan kan voor de juridische fusie gekozen worden. De overgang onder algemene titel van het vermogen bij de juridische fusie biedt het nodige gemak voor de betrokken bedrijfsjurist. Is onvoldoende bekend over de vermogenstoestand van een vennootschap of kent men die toestand wel maar acht men de overgang onder algemene titel onwenselijk of risicovol, dan verdient ontbinding en vereffening de voorkeur.

3. Gevolgen van de juridische fusie

Een juridische fusie heeft tot doel om verschillende vennootschappen te laten samen gaan tot één vennootschap. Het gevolg van een juridische fusie is dan ook dat een of meer van de fuserende vennootschappen, zonder ontbinding en eventuele vereffening, ophoudt te bestaan. Het vermogen van de verdwijnende vennootschap(pen) gaat onder algemene titel over op de fuserende vennootschap die overblijft of de vennootschap die in het kader van de fusie nieuw wordt opgericht, de verkrijgende vennootschap.

Los van de fusieformaliteiten die in acht moeten worden genomen, is voor de overgang van de vermogensbestanddelen onder algemene titel – als hoofdregel – geen nadere formaliteit vereist.⁵ Overeenkomsten waarbij de verdwijnende vennootschap partij is, gaan over op de verkrijgende vennootschap zonder medewerking van de andere contractspartij. Registergoederen van de verdwijnende vennootschap komen op naam van de verkrijgende vennootschap te staan, zonder dat een notariële leveringsakte vereist is. En schulden van de verdwijnende vennootschap moeten na de fusie door de verkrijgende vennootschap worden voldaan, zonder dat de schuldeiser toestemming hoeft te geven voor de schuldoverneming.

4.1 Vereenvoudigde procedure

Om een fusie tot stand te brengen moet een aantal formele stappen worden doorlopen en zijn verschillende formaliteiten verplicht voorgeschreven. Deze stappen en vereisten zijn te vinden in titel 7 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Als aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, is een vereenvoudigde procedure mogelijk. Met de vereenvoudigde procedure bedoelen we de moeder/dochterfusie uit lid 1 van art. 2:333 BW en de zusterfusie uit lid 2 van hetzelfde

4 Dit kan anders zijn als de activa eventueel voorafgaand aan een turboliquidatie kunnen worden uitgekeerd en de vennootschap zo leeg kan worden gemaakt. Voor de mogelijkheden op dat vlak en de daaraan verbonden risico's wordt verwezen naar de in noot 2 genoemde artikelen.

5 Zie voor een uitvoerige beschrijving van uitzonderingen op deze hoofdregel: Zaman, Van Eck en Roelofs, 'Nationale en grensoverschrijdende juridische fusie & juridische splitsing van kapitaalvennootschappen', SDU Den Haag, 2009, paragraaf 5.2.1.

artikel. Binnen concernverband wordt vaak al voldaan aan deze voorwaarden. Als er nog niet aan wordt voldaan, kan een moeder/dochter- of zusterrelatie meestal eenvoudig worden gerealiseerd door voorafgaand aan de juridische fusie een intragroep aandelenoverdracht te laten plaatsvinden. Hierna wordt daarom enkel de vereenvoudigde procedure beschreven.

4.2 Tijdslijn

De tabel hierna geeft een kort overzicht van de tijdslijn van een fusie, waarbij tevens de documenten de revue passeren die nodig zijn om de fusie tot stand te brengen. In de paragrafen hierna zullen de diverse documenten en stappen nader worden uitgewerkt.

• Voorbereiding (§4.3.1., §4.3.2., §4.3.3. en §4.3.4)
• Fusievoorstel met toelichting opstellen en ondertekenen (§4.4)
• Deponeren en ter inzage leggen fusievoorstel met toelichting + fusiestukken (uiterlijk 30 juni) (§4.4)
• Advertentie in landelijk verspreid dagblad (§4.4)
• Verzetstermijn afwachten (§4.4)
• Akte non-verzet Rechtbank aanvragen (§4.4)
• Besluit tot juridische fusie (na verstrijken verzetstermijn) (§4.4)
• Notariële akte van juridische fusie (§4.4) (binnen zes maanden na de aankondiging in het landelijk verspreid dagblad)
• Ingangsdatum juridische fusie (dag na passeren notariële akte van juridische fusie)
• Fusiestukken nog zes maanden ter inzage laten liggen op kantoor van de verkrijgende vennootschap (§4.4)

4.3 Voorbereiding

4.3.1 Inventarisatie

Voordat besloten zal worden om daadwerkelijk een fusietraject in te gaan, zal eerst geïnventariseerd moeten worden welke gevolgen de voorgenomen fusie zal hebben. Enerzijds zal daartoe het vermogen van de verdwijnende vennootschap(pen) in kaart moeten worden gebracht zodat eventuele (financiële) risico's inzichtelijk worden. Anderzijds zal moeten worden bekeken welke invloed de fusie op bestaande rechtsverhoudingen zal hebben.

In kaart brengen vermogen

Bij het in kaart brengen van het vermogen is de laatste jaarrekening een goed startpunt. Het is echter niet voldoende om alleen op de jaarrekening af te gaan. Een vennootschap kan immers ook niet uit de balans blijvende verplichtingen hebben of mogelijke claims die niet voorkomen in de balans.

In kaart brengen/afwenden ongewilde gevolgen van de fusie

Als het om de gevolgen van de fusie op bestaande rechtsverhoudingen gaat, is het van belang om in kaart te brengen of de fusie automatisch wijziging brengt⁶ in de bestaande rechtsverhoudingen of dat de fusie voor een contractspartner grond kan vormen de bestaande rechtsverhouding op te zeggen of te wijzigen: de zogenoemde "change of control"-clausules. Het gaat dan niet alleen om contractspartners waarmee commerciële contracten zijn afgesloten, maar bij

6 Art. 2:322 BW geeft bij een fusie een bijzondere mogelijkheid tot wijziging of ontbinding van een overeenkomst.

voorbeeld ook om samenwerkingspartners in personenvennootschappen of andere contractuele samenwerkingsvormen. Ook is het van belang om na te gaan of de potentieel verdwijnende vennootschap wellicht een bestuurspositie heeft in een andere entiteit of dat hij benoemings- of andere zeggenschapsrechten heeft. Dergelijke posities en rechten gaan bij een fusie niet over op de verkrijgende rechtspersoon. Als al deze zaken inzichtelijk zijn gemaakt, dan kunnen waar nodig voorafgaand maatregelen worden getroffen zodat eventuele ongewenste gevolgen worden afgewend. Blijkt echter dat bepaalde gevolgen onvermijdelijk zijn, dan zal moeten worden beoordeeld of deze gevolgen tot de conclusie leiden dat de fusie niet in gang moet worden gezet.

4.3.2 Verhangen vennootschappen

Zoals gezegd kan voor een juridische fusie een vereenvoudigde procedure worden doorlopen, als wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 2:333 BW. Er moet dan sprake zijn van een moeder- of zusterrelatie tussen de bij de fusie betrokken vennootschappen. Als sprake is van een concernverband, maar niet van een moeder- of zusterrelatie, loont het om – voorafgaand aan het starten van de procedure van juridische fusie – aandelen in het kapitaal van een of meer van de betrokken vennootschappen over te dragen zodat wel een moeder- of zusterrelatie ontstaat.

Een zodanige aandelenoverdracht is intragroep vaak eenvoudig en zonder hoge kosten te realiseren. De overdracht levert veel op, omdat de procedure van juridische fusie verregaand vereenvoudigd wordt. Een aantal – veelal tijds- en arbeidsintensieve en soms ook kostbare – stappen die anders wel doorlopen hadden moeten worden kunnen achterwege blijven. Het voorstel tot fusie en de toelichting daarop mogen korter en het accountantsonderzoek ex art. 2:328 BW mag achterwege blijven.

4.3.3 Bestuursposities en benoemingsrechten

Als een of meer van de verdwijnende vennootschappen als bestuurder fungeerde van een andere rechtspersoon, dan zal die bestuurspositie bij de fusie niet mee overgaan op de verkrijgende vennootschap. Een bestuurspositie kwalificeert namelijk als een hoogstpersoonlijke rechtsverhouding en is daarom niet vatbaar voor overgang onder algemene titel.⁷ Als hieraan niet tijdig aandacht is besteed, dan zal de bestuurspositie als gevolg van de fusie komen te vervallen. Dit kan uiteraard eenvoudig worden voorkomen door voorafgaand aan de fusie of onder opschortende voorwaarde van de fusie een andere bestuurder bij de betreffende entiteit te benoemen.

Aan verdwijnende vennootschappen kunnen ook benoemingsrechten bij andere rechtspersonen zijn toegekend. Denk bijvoorbeeld aan het recht een bestuurder in een stichting te benoemen. Zulke benoemingsrechten zijn niet-vermogensrechtelijk van aard, zodat ze niet onder algemene titel overgaan bij fusie. Ook hieraan zal dus voorafgaand aan de fusie aandacht moeten worden besteed. Vaak zullen de benoemingsrechten statutair zijn vastgelegd bij de entiteit

waarvoor het benoemingsrecht bestaat. In dat geval is een statutenwijziging nodig om het benoemingsrecht toe te laten komen aan de verkrijgende vennootschap. Zonder statutenwijziging zal het benoemingsrecht na de fusie niet meer kunnen worden uitgeoefend.

4.3.4 Mogelijke intragroep werkzaamheden

Als alle seinen op groen staan en de fusie kan worden ingezet, dan is het goed mogelijk om een groot deel van de procedure van de juridische fusie intragroep voor te bereiden en te doorlopen. Betrokkenheid van de notaris is vereist aan het slot van de procedure: bij het passeren van de notariële akte van juridische fusie met daarin de zogenaamde voetverklaring. Deze voetverklaring is kort gezegd een verklaring van de notaris dat is voldaan aan de vormvereisten voor de juridische fusie.

In verband met de verklaring die de notaris moet afleggen is het van groot belang dat alle stappen van de procedure goed worden afgestemd met de notaris. Als de notaris de voetverklaring niet kan afgeven, moet immers de gehele procedure opnieuw worden doorlopen. Vaak zal het overigens zo zijn dat de notaris die de fusieakte moet passeren ook zal zorgen voor het opstellen van de onderhandse stukken en dat hij regisseur is van het proces en zal als zodanig de deponering van de fusiestukken en publicatie verzorgen.

4.3.5 Ondernemingsraad

Als een ondernemingsraad is ingesteld bij een bij de fusie betrokken vennootschap, dan dient aan de ondernemingsraad advies te worden gevraagd over het voorgenomen besluit tot juridische fusie.⁸ Dit advies moet worden gevraagd op een zodanig tijdstip dat het advies nog van invloed kan zijn op het besluitvormingsproces over de juridische fusie. Dit betekent dat bij de timing van de aanvraag rekening moet worden gehouden met de datum waarop besluitvorming over de fusie plaatsvindt. Deze besluitvorming vindt relatief laat in het proces plaats, waarbij het besluit ook nog eens niet mag afwijken van het fusievoorstel zoals dat eerder in het proces is gedaan. Het verdient daarom aanbeveling om de ondernemingsraad al eerder te informeren over de voorgenomen juridische fusie. Het bestuur kan dan besluiten om opmerkingen van de ondernemingsraad al te verwerken in het fusievoorstel. In een negatief scenario zou anders – naar aanleiding van advies of opmerkingen van de ondernemingsraad – het fusievoorstel nog moeten worden aangepast, waarna het opnieuw gedeponereerd moet worden en de procedure voor juridische fusie opnieuw moet worden doorlopen.

Als de ondernemingsraad schriftelijk advies uitbrengt of opmerkingen indient, moet dit schriftelijke stuk op kantoor van de te fuseren vennootschappen ter inzage worden gelegd tezamen met de andere fusiestukken. Dit moet ook gebeuren als het advies of de opmerkingen worden ontvangen nadat de andere fusiestukken al ter inzage waren gelegd.⁹

⁷ Kamerstukken II 1996/97, 24702, 6, p. 4.

⁸ Art. 25 lid 1 sub a WOR. Anders: Raaijmakers en Van der Sangen, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 314 boek 2 BW, aant. 4 onder d.

⁹ Art. 2:314 lid 4 BW.

Wellicht ten overvloede merken we op dat de SER-Fusiegedragsregels 2015 geen rol spelen bij een fusie in concernverband, omdat de te fuseren vennootschappen al deel uitmaken van een 'samenstel van ondernemingen'.

4.4 Benodigde stukken, deponering en publicatie

Er is een aantal stukken nodig om de volledige (vereenvoudigde) procedure van juridische fusie te kunnen doorlopen. Deze zullen hierna aan de orde komen, waarbij tevens wordt aangegeven waar deze stukken moeten worden neergelegd en voor wie ze raadpleegbaar zijn.

4.4.1 Fusievoorstel

De besturen van de te fuseren vennootschappen stellen samen een fusievoorstel op. Het fusievoorstel moet de gegevens als vermeld in art. 2:312 lid 2 BW bevatten. Een fusievoorstel voor een concernfusie moet vanzelfsprekend aan de wettelijke vereisten voldoen, maar men kan zich voorstellen dat de mate van uitweiding over de verschillende aspecten minder uitgebreid hoeft te zijn dan in geval van een fusie waarbij ook externe aandeelhouders betrokken zijn. In het fusievoorstel moeten alle in art. 2:312 lid 2 BW vermelde punten worden opgenomen. Als de fusie geen wijziging brengt in een van de verplicht te noemen aspecten, dan volstaat het om dat te melden. Bijvoorbeeld dat geen voornemen bestaat om de samenstelling van het bestuur van de verkrijgende vennootschap te wijzigen na de juridische fusie, of dat geen voordelen worden toegekend aan bestuurders of andere betrokkenen in verband met de fusie. Het verdient aanbeveling om zoveel mogelijk bij de tekst van de wet aan te sluiten, zodat achteraf geen discussie kan ontstaan over de vraag of het fusievoorstel de vereiste informatie bevatte. Wij gaan hier niet in op alle punten die op basis van art. 2:312 lid 2 BW in het fusievoorstel moeten worden opgenomen. De meeste daarvan spreken voor zich. Een onderdeel willen wij echter niet onbesproken laten omdat dit vaak een punt van aandacht is. Dit betreft de verplichting die in onderdeel f van gemeld artikel is opgenomen: voor elk van de verdwijnende rechtspersonen moet worden vermeld het tijdstip met ingang waarvan financiële gegevens zullen worden verantwoord in de jaarrekening of andere financiële verantwoording van de verkrijgende rechtspersoon. Veelal wordt opgenomen dat de financiële gegevens met ingang van 1 januari van het jaar waarin het fusievoorstel wordt gedeponereerd (dus met terugwerkende kracht) zullen worden verantwoord in de jaarrekening van de verkrijgende vennootschap. In de praktijk wordt dit vaak de "economische fusiedatum" genoemd. Deze economische fusiedatum kan aldus zijn gelegen voor de datum waarop de fusie daadwerkelijk juridisch tot stand komt (de juridische fusiedatum). Als een fusie tot stand komt, dan hoeft achteraf gezien vanaf de economische fusiedatum geen separate financiële verantwoording meer te worden gemaakt over de verdwijnende vennootschap(en). Art. 2:321 lid 1 BW meldt in dat kader dat op het tijdstip met ingang waarvan de verkrijgende rechtspersoon de financiële gegevens van een verdwijnende rechtspersoon zal verantwoorden in de eigen jaarrekening of ander financiële verantwoording,

het laatste boekjaar van die verdwijnende rechtspersoon is geëindigd.

4.4.2 Toelichting op het fusievoorstel

Bij een vereenvoudigde fusie dient alleen de verkrijgende vennootschap een toelichting op het fusievoorstel te maken. Deze kan echter achterwege blijven als de aandeelhouders van de fuserende vennootschappen hiermee instemmen.¹⁰ Intragroep is de instemming van de aandeelhouders relatief eenvoudig te verkrijgen, maar het vereist wel het opstellen en laten ondertekenen van verklaringen door alle aandeelhouders van elk van de te fuseren vennootschappen. Praktisch gezien kan het daardoor eenvoudiger zijn om wel de toelichting op het fusievoorstel te maken. In de toelichting dienen de redenen voor de fusie en de verwachte gevolgen voor de werkzaamheden uiteen te worden gezet en dient een toelichting uit juridisch, economisch en sociaal oogpunt te worden gegeven.

4.4.3 Vastgestelde jaarrekeningen met jaarverslagen over laatste drie boekjaren

Door elk van de te fuseren vennootschappen moeten de vastgestelde jaarrekeningen en jaarverslagen over de laatste drie afgelopen boekjaren samen met het fusievoorstel worden gedeponereerd bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Het gaat hierbij om de publicatiestukken die reeds gedeponereerd zullen zijn, dus de fusie leidt niet tot een verplichting om uitgebreidere jaarrekeningen openbaar te maken dan reeds is gebeurd. Je zou verwachten dat de Kamer van Koophandel de reeds gepubliceerde stukken al heeft en dat deze daarmee ook in het kader van de fusie als gedeponereerd kunnen worden beschouwd. Dit werkt echter helaas niet zo. De (reeds) gedeponereerde jaarrekeningen en jaarverslagen over de laatste drie afgelopen boekjaren moeten in het kader van de fusie nogmaals aan de Kamer van Koophandel worden aangeleverd.

Binnen concerns wordt vaak met zogenaamde 403-verklaringen gewerkt. Als ten behoeve van een fuserende vennootschap een 403-verklaring is afgegeven, is deze vennootschap vrijgesteld van het deponeren van de vastgestelde jaarrekening en kan deze volstaan met het vaststellen van een sterk vereenvoudigde jaarrekening. In zo'n situatie hoeft deze beperkte jaarrekening in het kader van de fusieprocedure niet alsnog openbaar te worden gemaakt. De verplichting tot deponering van de vastgestelde jaarrekening over de laatste drie afgelopen boekjaren bij het handelsregister geldt in het kader van de fusieprocedure alleen 'voor zover deze stukken ter inzage moeten liggen'. Omwille van de duidelijkheid is het wel goed om de 403-verklaring en de instemmingsbesluiten van de aandeelhouder, die vereist zijn bij toepassing van art. 2:403 BW, in het kader van de fusieprocedure bij het handelsregister te deponeren ofwel daarvan melding te maken in de brief waarbij de fusiestukken aan het handelsregister van de Kamer van Koophandel worden aangeboden.

¹⁰ Art. 2:313 lid 1, 3 en 4 BW juncto art. 2:333 BW.

4.4.4 Tussentijdse vermogensopstelling

Vaak wordt gedacht dat voor een fusie tussentijdse cijfers opgemaakt moeten worden, maar als de planning goed is, zijn tussentijdse cijfers overbodig. Om gebruik te kunnen maken van de vastgestelde jaarrekening moet het voorstel tot fusie binnen zes maanden na afloop van het laatste boekjaar van de vennootschap bij de Kamer van Koophandel worden gedeponerd. Als het boekjaar op 31 december afloopt, moet het fusievoorstel dus uiterlijk 30 juni worden gedeponerd om nog gebruik te kunnen maken van de laatst vastgestelde jaarrekening. Dan is het dus niet nodig om een tussentijdse vermogensopstelling te maken. Wordt voormelde termijn overschreden, dan dient wel een tussentijdse vermogensopstelling te worden opgemaakt.¹¹ Deze tussentijdse vermogensopstelling hoeft niet te worden gecontroleerd door een (externe) accountant. Binnen concern is het daarom vaak redelijk eenvoudig om een dergelijke tussentijdse vermogensopstelling op te stellen en hoeft het overschrijden van de hiervoor genoemde termijn niet per se tot een jaar vertraging te leiden.

Wanneer er sprake is van een deponering na gemelde 6-maandstermijn, moet ook in het geval waarin voor een vennootschap een 403-verklaring is afgegeven toch een tussentijdse vermogensopstelling op vennootschapsniveau worden opgemaakt en gedeponerd. De algemene 403-verklaring kan dat helaas niet voorkomen.

4.4.5 Deponeren bij handelsregister en op kantoor ter inzage leggen

Zoals hiervoor al gemeld moeten het fusievoorstel en de vastgestelde jaarrekeningen en jaarverslagen over de laatste drie afgelopen boekjaren door elk van de te fuseren vennootschappen worden gedeponerd bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel.¹² Deponeren heeft tot gevolg dat deze stukken openbaar worden en dus in te zien zijn door eenieder. Voor een snelle afhandeling door het handelsregister is het raadzaam om elektronisch te deponeren. Informatie over bijvoorbeeld systeemvereisten en doorlooptijd is te vinden op www.kvk.nl.¹³

Tegelijkertijd moeten de te fuseren vennootschappen de nodige stukken op hun kantoor ter inzage leggen voor de aandeelhouders¹⁴. In plaats van neerlegging op kantoor kan gekozen worden voor het toegankelijk maken via de website van de betrokken vennootschap.¹⁵ Dit betreft de fusiestukken, de toelichting op het fusievoorstel én de jaarrekeningen en jaarverslagen die niet openbaar ter inzage hoeven te liggen. De toelichting op het fusievoorstel is op het kantoor van de vennootschap dus alleen in te zien voor de aandeelhouders, niet voor eenieder. Hetzelfde geldt voor de in de vorige alinea beschreven vastgestelde beperkte jaarrekening van de vennootschap waarvoor een 403-verklaring

is afgegeven. Bij een concernfusie is sprake van een 100% aandeelhouder die tot de groep behoort, dus deze zal zich hoogstwaarschijnlijk niet op kantoor melden om de stukken in te zien.

De stukken moeten op het kantoor van de verkrijgende vennootschap ter inzage blijven liggen tot zes maanden na de datum van fusie. De verdwijnende vennootschap is vanzelfsprekend enkel verplicht tot het ter inzage leggen tot de datum van fusie.

4.4.6 Advertentie in een landelijk verspreid dagblad

Om schuldeisers op de hoogte te brengen van de op handen zijnde fusie, dient een advertentie in een landelijk verspreid dagblad te worden geplaatst. Deze advertentie mag pas worden geplaatst nadat het fusievoorstel en de financiële verantwoordingen gedeponerd zijn bij het handelsregister en de nodige stukken ter inzage zijn gelegd op de kantooradressen van de fuserende vennootschappen. Het is daarom raadzaam om bij de opgave van de advertentie aan de krant rekening te houden met enige verwerkingstijd bij het handelsregister¹⁶. Om te voorkomen dat de advertentie te vroeg is geplaatst is het daarom aan te raden om de advertentie niet te laten plaatsen op de dag dat de stukken worden verstuurd aan het handelsregister. Veelal zal overigens de betrokken notaris voor deponering van de stukken en plaatsing van de advertentie zorgen en deze timing in de gaten houden.

Vanuit kostenoverwegingen loont het om de tekst van de advertentie zo beknopt mogelijk te houden en kort onderzoek te doen naar de kosten van plaatsing die door de verschillende dagbladen in rekening worden gebracht. Daar zit nogal wat prijsverschil in. Het is wel belangrijk dat een dagblad wordt gebruikt dat daadwerkelijk landelijk verspreid wordt. Het reformatorisch dagblad wordt bijvoorbeeld niet als zodanig aangemerkt.

Hierna zullen wij nog ingaan op de mogelijkheid dat het besluit tot fusie door het bestuur wordt genomen in plaats van door de algemene vergadering. Bestaat dit voornemen, dan dient dit kenbaar te worden gemaakt in de advertentie in de krant.¹⁷

4.4.7 Akte non-verzet van de rechtbank

Schuldeisers van de fuserende vennootschappen hebben vanaf de datum waarop publicatie van de fusie in het landelijk verspreid dagblad heeft plaatsgevonden het recht om in verzet te komen tegen het voorstel tot fusie.¹⁸ Na de publicatiedatum moet daarom verplicht een maand worden gewacht voordat de volgende stap in het fusieproces kan worden gezet. Na het verstrijken van de wettelijke verzets-termijn kan een akte van non-verzet worden aangevraagd bij de rechtbank. Op de website www.rechtspraak.nl kan

11 Art. 2:313 lid 2 BW.

12 Art. 2:314 lid 1 BW.

13 www.kvk.nl/inschrijven-en-wijzigen/deponeren/fusie--en-splitsingsvoorstel-deponeren/.

14 Dit geldt ook voor hen die een bijzonder recht jegens de rechtspersoon hebben, zoals een recht op een uitkering van winst of tot het nemen van aandelen.

15 Art. 2:314 lid 2 BW.

16 Het handelsregister geeft zelf een verwerkingstijd van twee werkdagen aan op pagina 5 van de handleiding voor het elektronisch deponeren van fusie- en splitsingsvoorstellen: www.kvk.nl/download/HL%20elektronisch%20deponeren%20fusie-splitsingsvoorstellen%200.18%2017%20maart%202014_tcm109-387271.pdf.

17 Art. 2:331 lid 2 en 4 BW.

18 Art. 2:316 BW.

eenvoudig gevonden worden bij welke rechtbank(en) de akte opgevraagd kan worden en wat de contactgegevens en de vereiste informatie voor de aanvraag zijn.¹⁹ Bij het verzoek aan de rechtbank om een verklaring van non-verzet af te geven dienen een kopie van de advertentie meegestuurd te worden en een bewijs van het handelsregister waaruit blijkt dat de stukken een maand ter inzage hebben gelegen.

4.4.8 Besluiten

Na afloop van de verzetstermijn kunnen de nodige besluiten tot fusie worden genomen. Deze besluiten mogen niet afwijken van het fusievoorstel.²⁰ Als het toch wenselijk is om het fusievoorstel aan te passen, dan zal de fusieprocedure opnieuw moeten worden doorlopen. Mochten zich na de deponering en publicatie van het voorstel tot fusie belangrijke wijzigingen in de activa en passiva hebben voorgedaan die de mededelingen in het voorstel tot fusie of in de toelichting hebben beïnvloed, dan moet het bestuur de algemene vergadering daarover inlichten,²¹ zodat zij daar in haar besluitvorming rekening mee kan houden. Mochten de wijzigingen in de activa en passiva zodanig zijn dat het fusievoorstel zou moeten worden aangepast, dan zal de procedure opnieuw moeten worden doorlopen.

De hoofdregel is dat het besluit tot fusie dient te worden genomen door de algemene vergadering.²² Het besluit tot fusie kan echter door de verkrijgende vennootschap ook bij bestuursbesluit worden genomen,²³ tenzij de statuten anders bepalen.²⁴ Van de mogelijkheid het bestuur tot fusie te laten besluiten kan alleen maar gebruik worden gemaakt als dit is aangekondigd in de advertentie.²⁵

Aangezien door elke betrokken vennootschap een besluit tot fusie moet worden genomen, zullen er zoveel besluiten moeten worden genomen als er fuserende partijen zijn.

Tenzij de statuten een regeling voor besluiten tot fusie geven, moet een besluit tot fusie op dezelfde manier worden genomen als een besluit tot statutenwijziging. Als een quorum, versterkte meerderheid of goedkeuring van een ander orgaan wordt vereist voor een besluit tot statutenwijziging, dan geldt hetzelfde vereiste voor het besluit tot fusie.²⁶ Mochten de statuten van de verkrijgende vennootschap in het kader van de fusie gewijzigd worden, dan dient de verkrijgende vennootschap niet alleen tot de fusie te besluiten, maar dient zij ook een besluit tot statutenwijziging te nemen.

Ten aanzien van de notulen van de algemene vergadering waarin tot fusie wordt besloten geldt nog een specifiek

vormvereiste: deze moeten worden opgemaakt bij notariële akte.²⁷

4.4.9 Notariële fusieakte

De notaris zal het fusievoorstel, de toelichting op het fusievoorstel, de vastgestelde jaarrekeningen en jaarverslagen over de laatste drie afgelopen boekjaren en de andere hiervoor besproken stukken moeten ontvangen om zich een oordeel te kunnen vormen over de naleving van de vormvoorschriften voor de fusie. Pas als de notaris heeft geoordeeld dat de stukken de vereiste inhoud kennen en dat alle termijnen in acht zijn genomen, kan de notaris de notariële fusieakte passeren en de eerder beschreven voetverklaring afgeven. Dit dient te gebeuren binnen zes maanden na de aankondiging in het landelijk verspreid dagblad.²⁸

Als in het fusievoorstel is aangekondigd dat de statuten van de verkrijgende vennootschap na de fusie zullen wijzigen, dan zal deze statutenwijziging ook worden opgenomen in de fusieakte en komt de statutenwijziging gelijktijdig met de fusie tot stand.

De juridische fusie wordt van kracht op de dag na het passeren van de notariële fusieakte. Per die datum gaat het vermogen van de verdwijnende vennootschap over op de verkrijgende vennootschap en houdt de verdwijnende vennootschap op te bestaan.

5. Nazorg

Als de fusie tot stand is gekomen zullen nog een aantal werkzaamheden dienen plaats te vinden teneinde (de gevolgen van) de fusie goed af te wikkelen. In de navolgende paragrafen gaan wij op de meest voorkomende werkzaamheden in.

5.1 Opgave aan het handelsregister

Wanneer de fusie tot stand is gekomen, dient hij nog wereldkundig te worden gemaakt. Dat gebeurt doordat de fusie wordt ingeschreven in het handelsregister. De wet verplicht de verkrijgende vennootschap hiervoor binnen een termijn van maximaal acht dagen²⁹ te zorgen. Gebruikelijk is dat de notaris die de fusieakte heeft gepasseerd voor deze inschrijving zorgt.

5.2 Opgave aan andere registers

Los van de opgave aan het handelsregister is de verkrijgende vennootschap verplicht om de fusie ook door te geven aan de beheerders van andere openbare registers.³⁰ Heeft een verdwijnende vennootschap bijvoorbeeld onroerend goed op naam, dan dient de fusie te worden ingeschreven bij het kadaster. Dit kan op basis van art. 33 Kadw door middel van een notariële opgave. Partijen kunnen deze opgave niet zelf

19 www.rechtspraak.nl/Uw-Situatie/Onderwerpen/Akte-non-verzet.

20 Art. 2:317 lid 1 BW juncto art. 315 BW.

21 Art. 2:315 BW.

22 Art. 2:317 BW.

23 Art. 2:331 lid 1 en 4 BW.

24 Wij menen dat sprake moet zijn van een uitdrukkelijke statutaire bepaling die het nemen van het besluit tot fusie door het bestuur uitsluit. Een algemene statutaire bepaling die de wettekst weergeeft, te weten: het besluit tot fusie wordt genomen door de algemene vergadering, laat naar onze mening voldoende ruimte om toch bij bestuursbesluit tot fusie te besluiten.

25 Art. 2:331 lid 2 BW.

26 Art. 2:317 lid 3 en 4 BW.

27 Art. 2:330 lid 3 BW.

28 Art. 2:318 lid 1 BW, tenzij de akte niet mag worden verleden in verband met aangetekend verzet. In dat geval dient de notariële akte te worden verleden binnen één maand na intrekking van het verzet of na het uitvoerbaar worden van de opheffing van het verzet.

29 Art. 2:318 lid 3 BW.

30 Art. 2:318 lid 4 BW.

doen. Behoren bijvoorbeeld octrooien tot het vermogen van de verdwijnende vennootschap, dan dient de fusie te worden opgegeven aan het Nederlands octrooiregister.

5.3 *Jaarrekening verplichtingen*

Het laatste boekjaar van de verdwijnende vennootschap eindigt op het moment dat de verkrijgende vennootschap de financiële gegevens van de verdwijnende vennootschap in zijn jaarrekening verantwoordt.³¹ Dit moment is in het fusievoorstel aangekondigd, dus het bestuur van de verkrijgende vennootschap heeft dit moment zelf kunnen bepalen. De verplichtingen omtrent de jaarrekening die voor de fusie op de verdwijnende vennootschap rustten, rusten na de fusie op de verkrijgende vennootschap. Dit betekent dat nog niet opgemaakte en vastgestelde jaarrekeningen van de verdwijnende vennootschap(en) moeten worden opgemaakt door het bestuur en vastgesteld door de algemene vergadering van de verkrijgende vennootschap.

6. **Conclusie**

Naast de (turbo)liquidatie kan een juridische fusie binnen een concern een mooi instrument zijn om vennootschappen op te ruimen. Dit is zeker het geval als een vennootschap mogelijk nog een voordeel kan verwachten of een claim uit kan oefenen, maar verder geen toegevoegde waarde meer binnen het concern heeft. Voordat een fusieproces in gang wordt gezet is het echter wel belangrijk om de mogelijke (financiële) risico's en de gevolgen van de fusie goed in kaart te brengen om te voorkomen dat de verkrijgende vennootschap geconfronteerd wordt met onvoorziene gevolgen of ongewenste lijken uit de kast. De fusieprocedure wordt gekenmerkt door een aantal formaliteiten en een strakke procedure. Binnen concern kan er echter veelal voor gezorgd worden dat een vereenvoudigde procedure kan worden doorlopen.

³¹ Art. 2:321 lid 1 BW, de economische fusiedatum zoals besproken bij het fusievoorstel in paragraaf 4.4.