

Juridische fusie en 403-verklaring

Inleiding

Artikel 2:309 BW beschrijft de juridische fusie. Een van de rechtsgevolgen van een juridische fusie is dat het vermogen van de verdwijnende vennootschap onder algemene titel overgaat op de verkrijgende vennootschap. Deze eigendomsovergang onder algemene titel brengt met zich dat de verkrijgende vennootschap niet wordt beschouwd als een derde, maar ten aanzien van de vermogensbestanddelen die overgaan, de integrale rechtspositie van haar voorganger, de verdwijnende vennootschap, inneemt.

In een eerder verschenen bijdrage aan dit tijdschrift¹ wordt ingegaan op de gevolgen voor een *ten behoeve van* de verdwijnende vennootschap afgegeven verklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 onder f BW - de zogenoemde '403-verklaring'. In die bijdrage wordt uitgebreid ingegaan op de groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW en de mogelijkheid van artikel 2:404 BW tot beëindiging van de uit de 403-verklaring voortvloeiende aansprakelijkheid. Deze bijdrage is in zekere zin complementair aan de eerdere bijdrage; wij hebben het juist over een *door* de verdwijnende vennootschap afgegeven 403-verklaring.

Allereerst gaan wij aan de hand van de wet, de literatuur en jurisprudentie na of een 403-verklaring mee overgaat naar de verkrijgende vennootschap. Naar zal blijken, geven deze rechtsbronnen geen duidelijk antwoord op deze vraag. Wat volgt, is een nadere analyse, die tot de conclusie leidt dat de 403-verklaring niet mee overgaat. In aansluiting daarop behandelen wij in hoeverre de uit de 403-verklaring voortvloeiende aansprakelijkheid overgaat.

Overgang van 'vermogen' bij juridische fusie

Als gezegd gaat als gevolg van een juridische fusie het vermogen van de verdwijnende vennootschap onder algemene titel over op de verkrijgende vennootschap. Artikel 2:309 BW definieert het begrip 'vermogen' niet. Onderzocht moet daarom worden of een 403-verklaring onder het begrip 'vermogen' als bedoeld in artikel 2:309 BW valt.

Parlementaire geschiedenis

De parlementaire geschiedenis is op dit punt summier en lijkt tegenstrijdig ten aanzien van de vraag hoe het begrip vermogen dient te worden uitgelegd. De memorie van toelichting vermeldt:²

'De omschrijving van het begrip fusie is gelijk gebleven. De overgang onder algemene titel, dus als rechtstreeks

gevolg van de fusie, zonder verdere leveringsvereisten, omvat het gehele vermogen. Dat houdt in dat alle rechten en verplichtingen overgaan. Slechts persoonlijke rechten, zoals in de regel het lidmaatschap van een vereniging waarvan een verdwijnende rechtspersoon lid is, gaan niet vanzelf over; daarvoor is toestemming van de betrokken vereniging nodig.'

Tijdens de behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer³ is de vraag gesteld of cliëntendossiers moeten worden gerekend tot het vermogen van de vennootschap dan wel tot de 'persoonlijke verplichtingen' van de vennootschap. Op deze vraag werd geantwoord dat onder 'vermogen' het geheel van rechten en verplichtingen van de vennootschap moet worden verstaan en dat, anders dan bij natuurlijke personen, men bij rechtspersonen geen rechten of verplichtingen kent die zo persoonsgebonden zijn, dat zij niet kunnen overgaan. Niet duidelijk is hoe dit antwoord zich verhoudt tot de aangehaalde passage uit de memorie van toelichting.

Literatuur

De (enkele) schrijvers die de vraag of de 403-verklaring bij fusie mee overgaat aan de orde stellen, staan diametraal tegenover elkaar. Beckman⁴ is van mening dat in het geval de moedermaatschappij verdwijnt en opgaat in een andere groepsmaatschappij, de 403-verklaring overgaat op de verkrijgende groepsmaatschappij. Beckman motiveert zijn mening niet. Raaijmakers en Van der Sangen⁵ betogen dat bij een fusie waarbij de vennootschap die de 403-verklaring heeft gedeponereerd, zelf verdwijnt, de 'oude' 403-verklaring niet mee overgaat. Raaijmakers en Van der Sangen baseren hun mening op een uitspraak van de Hoge Raad⁶ waaruit volgt dat een 403-verklaring kwalificeert als eenzijdige rechtshandeling die niet als afhankelijk recht overgaat. Dit betekent volgens Raaijmakers en Van der Sangen dat de verplichtingen van de verdwijnende vennootschap uit hoofde van de 403-verklaring niet voor rechtsovergang vatbaar zijn en dus niet op grond van het enkele feit van een juridische fusie komen te rusten op de verkrijgende vennootschap. In het bedoelde arrest definieert de Hoge Raad de 403-verklaring als een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige verklaring op grond waarvan rechtstreeks (hoofdelijke) aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat. Volgens de Hoge Raad roept een dergelijke verklaring

1. W. ten Hove, De werking van de 403-verklaring in geval van een juridische fusie, V&O 2004, p. 166 e.v.
2. Kamerstukken II 1983/84, 18 285, nr. 3, p. 4.

3. Kamerstukken II 1984/85, 18 285, nr. 6, p. 8.
4. H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 618-619.
5. Rechtspersonen (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 2:316, aant. 7.
6. HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447 m.nt. Maeijer en JOR 2002, 136 m.nt. Bartman (Akzo Nobel/ING Bank).

geen afhankelijk recht in het leven; een 403-verklaring kan niet op één lijn worden gesteld met borgtocht. Borgtocht is een overeenkomst en de verplichtingen die daaruit voortvloeien, zullen derhalve in beginsel overgaan. De casuspositie die aan het arrest ten grondslag lag, betrof overigens geen juridische fusie.

Over wat er in het algemeen onder het begrip 'vermogen' moet worden verstaan, bestaat in de literatuur ook geen eenstemmigheid. Verstappen⁷ stelt onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis dat naast de bestaande rechten en verplichtingen uit rechtsbetrekkingen, alle vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen als bron van verbintenissen overgaan. Met de overgang van een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking gaan ook alle onzelfstandige nevenrechten en bevoegdheden, zoals wilsrechten en afhankelijke rechten, voortspruitend uit de bron, mee over. Voorts stelt Verstappen dat de wetgever met artikel 2:309 BW een algemene regel vooropstelt voor de omvang van de overgang onder algemene titel, waarop uitzonderingen mogelijk zijn op grond van de wet, partijbedoeling of aard van de rechtsbetrekking. Van Solinge⁸ concludeert dat in beginsel alle vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen overgaan op de verkrijgende vennootschap, tenzij uit de wet, statuten of rechtshandeling anders voortvloeit, en dat niet-vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen niet overgaan, tenzij de wet anders bepaalt. Van Solinge betoogt dat de verkrijgende vennootschap de volledige (vermogensrechtelijke) rechtspositie van de verdwijnende vennootschap inneemt. Raaijmakers en Van der Sagen⁹ sluiten aan bij hetgeen is opgenomen in de balans (en de toelichting daarop) en stellen dat al deze vermogensbestanddelen zullen overgaan op de verkrijgende vennootschap. (Dat lijkt ons overigens niet in alle gevallen juist. Een vordering waarbij is bedongen dat die niet kan overgaan, staat immers wel op de balans.) Daarnaast geven zij aan dat aangezien niet alle rechten en verplichtingen uit de balans zullen blijken, deze slechts als globale checklist dient te worden gebruikt. De schrijvers merken op dat hierbij mede acht moet worden geslagen op aansprakelijkheid voor schulden van derden en de verplichtingen die daaruit voortvloeien. Ook garantieverplichtingen dienen behoudens andersluidend beding over te gaan op de verkrijgende vennootschap. Het gaat hierbij over garantieverplichtingen die op de fuserende vennootschap zelf rusten. (Zij geven uitdrukkelijk aan dat ten aanzien van een 403-verklaring iets anders geldt, zie hiervoor.)

Jurisprudentie

Over de reikwijdte van het begrip vermogen als genoemd in artikel 2:309 BW is weinig (gepubliceerde) jurisprudentie.

7. L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, Ars Notariatus LXXII, Deventer: Kluwer 1996, p. 267.

8. A.G. van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie*. Beschouwingen aan de hand van de derde en tiende EEG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht, Deventer: Kluwer 1994, p. 75-76.

9. *Rechtspersonen (losbl.)*, art. 2:309, aant. 7, bewerkt door M.J.G.C. Raaijmakers.

De zaken die over artikel 2:309 BW gaan, geven geen antwoord op de vraag die hier aan de orde is. Wel blijkt dat er uitzonderingen zijn op het beginsel 'alles gaat over'.

De vraag hoe vergunningen dienen te worden behandeld bij een overgang van vermogen onder algemene titel, werd in 1990 behandeld in een zaak bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.¹⁰ Conclusie is dat het antwoord op deze vraag veelal zal afhangen van het doel, de ratio, de aard van de regelgeving, alsmede hetgeen het bestuursorgaan daaromtrent in de beschikking heeft opgenomen. De voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelde in 1990 dat een taxivergunning onder vigeur van de (destijds geldende) Wet personenvervoer taxivergunning niet verhandelbaar is, en dus niet op geld waardeerbaar, en daarom niet tot het vermogen behoort dat dientengevolge is overgegaan.

De Hoge Raad heeft zich uitgesproken in een geschil over de vraag of een verleende (verplichte) vrijstelling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegens een collectieve bijzondere pensioenvoorziening geldigheid behoudt na fusie van twee ondernemingen waaraan een vrijstelling was verleend.¹¹ De Hoge Raad stelt allereerst voorop dat het antwoord op deze vraag niet zonder meer valt af te leiden uit de bewoordingen, de geschiedenis of de strekking van onder meer artikel 2:309 BW. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de vraag bevestigend dient te worden beantwoord, omdat dit in lijn is met het collectieve karakter van de vrijstellingen, het meest in overeenstemming is met de strekking van artikel 2:309 BW en niet in strijd komt met de desbetreffende pensioenwetgeving. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad zijn oordeel voor wat betreft de strekking van artikel 2:309 BW baseert op de mening van de meerderheid van de schrijvers, maar welke schrijvers dan worden bedoeld, is op basis van het arrest niet te achterhalen. Het lijkt er evenwel op dat de bedoelde literatuur gaat over de vrijstelling zelf en niet over de overgang onder algemene titel als zodanig.

Nadere analyse

Uit het voorgaande blijkt geen duidelijk antwoord op de vraag of bij juridische fusie een afgegeven 403-verklaring mee overgaat naar de verkrijgende vennootschap. In de literatuur zijn de meningen op dit punt verdeeld. Wel wordt algemeen aanvaard dat er uitzonderingen zijn op het beginsel 'alles gaat over'. Als gronden voor het uitzonderen van bepaalde rechtsbetrekkingen worden genoemd: de wet, statuten, partijbedoeling of de bijzondere aard van de rechtsbetrekking.¹²

Een uitzondering op grond van de wet is duidelijk niet aan de orde. Voor wat betreft de statuten zou wellicht kunnen wor-

10. CBB 26 september 1990, KG 1990, 367.

11. HR 23 oktober 1998, NJ 1999, 101 m.nt. Bloembergen.

12. Van Solinge 1994, p. 70. Zie ook de visie van Verstappen (voetnoot 7).

den gedacht aan een bepaling in de statuten van de verdwijnende vennootschap dat een door haar afgelegde 403-verklaring niet overgaat. Een in de literatuur genoemd voorbeeld is dat statuten van een vereniging bepalen dat het lidmaatschap niet door fusie kan overgaan. (Een dergelijke bepaling hebben wij niet in de praktijk gezien. In het algemeen lijkt het erop dat slechts gedacht wordt aan statuten van een rechtspersoon waarin de verdwijnende vennootschap een lidmaatschap of aandeel houdt.) Partijbedoeling en de aard van de rechtsbetrekking bieden wel aanknopingspunten. Overigens lijkt de 'aard van de rechtsbetrekking' een overlap te hebben met de benadering dat bepaalde rechten en plichten 'hoogstpersoonlijk' kunnen zijn en derhalve niet mee overgaan.

Wij menen dat de aard van de 403-verklaring met zich brengt dat deze niet mee overgaat. De 403-verklaring is voorgeschreven als vereiste voor vrijstelling van publicatieplicht voor groepsmaatschappijen. De wet, jurisprudentie of literatuur geeft geen aanknopingspunten om aan te nemen dat bij fusie de aansprakelijkheidsstelling overgaat. Het eenzijdige karakter van de verklaring en de mogelijkheid van ad hoc intrekking wijzen er naar onze mening juist op dat de aansprakelijkheidsverklaring gebonden is aan de vennootschap zelf en niet voor overdracht of overgang vatbaar is. Een verklaring is een wilsuiting en die enkele wil kan toch moeilijk worden geacht over te gaan. Houdt de vennootschap op te bestaan, dan eindigt de aansprakelijkheidsstelling. Voor het verkrijgen van de vrijstelling van de publicatieplicht voor groepsmaatschappijen dient de verkrijgende vennootschap zichzelf aansprakelijk te stellen door zelf een 403-verklaring af te leggen. Kortom, uitgegaan moet worden van een hoogstpersoonlijk karakter van de 403-verklaring (zowel naar aard als naar bedoeling).

Komen in deze benadering crediteuren of contractspartijen in de kou te staan? Wij menen van niet. De ratio van artikel 2:403 BW is dat de crediteuren of contractspartijen van de betreffende groepsmaatschappijen, die door de vrijstelling niet de jaarrekening van hun debiteur of contractspartij kunnen inzien, zich kunnen verlaten op de aansprakelijkstelling van het groepshoofd, van welke vennootschap zij wél de (geconsolideerde) jaarrekening kunnen inzien. De aanwezigheid van een 403-verklaring geeft geen enkele garantie voor de toekomst. De verklaring wordt afgegeven ter voorkoming van de publicatieplicht over een verstreken boekjaar. De verklaring wordt doorgaans als een doorlopende verklaring afgegeven (art. 2:404 lid 1 BW), maar kan elk moment worden ingetrokken door een daartoe strekkende mededeling aan het handelsregister. Het lijkt niet logisch bij fusie een 'bescherming' (in de vorm van een overgang van de verklaring) in te bouwen die er bij intrekking onder normale omstandigheden niet is.

Daarbij moet worden bedacht dat de intrekking van een 403-verklaring slechts nieuwe aansprakelijkheid voorkomt, maar de bestaande niet opheft (artikel 2:404 lid 2 BW). Het is van groot belang het onderscheid tussen enerzijds de

verklaring zelf, en daarmee gepaard gaande nieuwe aansprakelijkheid, en anderzijds de op grond van een aansprakelijkstelling bestaande aansprakelijkheid (veelal aangeduid als 'overblijvende aansprakelijkheid') in het oog te houden. Dit onderscheid wordt ook in het algemeen gehanteerd. Bij de overblijvende aansprakelijkheid zijn vanzelfsprekend mogelijk wel belangen van crediteuren en contractspartijen in het geding (zie hierna).

Uit 403-verklaring voortvloeiende aansprakelijkheid

Aansprakelijkheid na intrekking 403-verklaring

Als gezegd, intrekking van een aansprakelijkheidsverklaring heeft niet tot gevolg dat de overblijvende aansprakelijkheid wordt beëindigd. De wet voorziet in het eindigen van de overblijvende aansprakelijkheid doordat wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 2:404 lid 3 BW. Slechts indien de vennootschap, waarvoor de verklaring is afgegeven, de groep heeft verlaten, kan een mededeling van het voornemen tot beëindiging worden gedeponereerd bij het handelsregister. Publicatie van dit voornemen dient te geschieden in een landelijk verspreid dagblad, waarmee een verzettermijn van twee maanden aanvangt. Pas na het verstrijken van die termijn, zonder dat verzet is aangetekend, eindigt de overblijvende aansprakelijkheid. Door het stellen van deze voorwaarden worden de bestaande crediteuren en contractspartijen van de betreffende groepsmaatschappij beschermd. De vereisten van artikel 2:404 BW zijn geschreven voor de overblijvende aansprakelijkheid na intrekking van de 403-verklaring. De wet zegt echter niets over het einde van overblijvende aansprakelijkheid indien de 403-verklaring is vervallen doordat de aansprakelijke vennootschap is opgehouden te bestaan, door juridische fusie, juridische splitsing of door ontbinding.

Aansprakelijkheid na einde 403-verklaring door fusie

Bij de overblijvende aansprakelijkheid gaat het in dit verband om aansprakelijkheid voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die door de betrokken groepsmaatschappijen vóór de fusie zijn verricht. Gaat die aansprakelijkheid op grond van artikel 2:309 BW als onderdeel van het vermogen (onder algemene titel) over?

Indien en zodra de aansprakelijkstelling (geldig) is ingeroepen door de wederpartij van de groepsmaatschappij, is in beginsel sprake van een schuld van de vennootschap die de 403-verklaring heeft afgegeven, welke schuld dan onderdeel van het vermogen van die vennootschap is en dientengevolge door de fusie overgaat naar de verkrijgende vennootschap. Hier zien wij geen bijzondere problemen; de hoofdregel kan worden toegepast, omdat de overblijvende aansprakelijkheid is opgelost in een schuld. Minder duidelijk is de situatie ten aanzien van wederpartijen die geen beroep op de 403-verklaring hebben gedaan. Een contractuele garantie of borgtocht zal in beginsel als gevolg van de fusie overgaan met de overgang van het contract, maar de 403-verklaring heeft een eigen karakter

en is juist niet op één lijn te stellen met een borgtocht.¹³ Hiervoor hebben wij betoogd dat een 403-verklaring zelf een hoogstpersoonlijk karakter heeft en om die reden niet overgaat indien de vennootschap die de verklaring heeft afgegeven, door fusie verdwijnt. Wij zouden menen dat totdat een beroep op de verklaring is gedaan door een wederpartij van de groepsmaatschappij (waardoor een schuld ontstaat die mee overgaat), er geen reden is de uit de verklaring voortvloeiende verplichtingen anders te behandelen.

Een argument tegen overgang van de overblijvende aansprakelijkheid is dat deze tot een situatie leidt waarin de verkrijgende vennootschap geconfronteerd wordt met een aansprakelijkheid die zij niet op een in de wet voorziene wijze kan beëindigen. Artikel 2:404 BW lijkt te veronderstellen dat beëindiging plaatsvindt door degene die de 403-verklaring heeft afgegeven, en die vennootschap is verdwenen (zonder dat de verklaring overgaat).¹⁴

Ook hier rijst uiteraard wel de vraag of deze benadering crediteuren of contractspartijen in de kou laat staan. Wij menen van niet, omdat de fusieregeling in een eigen bescherming voorziet, namelijk het verzetrecht.

Crediteurenbescherming/verzetrecht

De bescherming van de crediteuren en contractspartijen van de groepsmaatschappijen is gelegen in hun inzicht in het vermogen van de aansprakelijke vennootschap. Zij richten zich naar de vermogenspositie van de aansprakelijke vennootschap zoals dit uit haar jaarrekening blijkt. Richt men zich uitsluitend op bescherming van de belangen van die crediteuren en contractspartijen, dan zou men kunnen betogen dat de aansprakelijkheid die voortvloeit uit rechtshandelingen van groepsmaatschappijen die (kunnen) zijn aangegaan met inachtneming van die vermogenspositie (dat wil zeggen, de overblijvende aansprakelijkheid), met het vermogen van die vennootschap zelf moet overgaan naar de verkrijgende vennootschap. Een dergelijke bescherming lijkt ons, als gezegd, niet goed passen bij de aard van de 403-verklaring en wij menen dat het ook niet erg voor de hand ligt om een aparte bescherming te zoeken waar de wet bij fusie al een regeling ter bescherming van belangen van crediteuren geeft.

Artikel 2:316 BW geeft aan schuldeisers van de te fuseren vennootschap een recht tot verzet tegen het voorstel tot fusie. Artikel 2:316 BW beoogt een waarborg te bieden voor schuldeisers voor de voldoening van hun vorderingen. Als gezegd, crediteuren die reeds een beroep hebben gedaan op de 403-verklaring, kwalificeren als schuldeisers met een vordering en ten aanzien van hen geldt dat een beroep op het verzetrecht in de zin van artikel 2:316 BW tot de moge-

lijkheden behoort. Het verzetrecht houdt in dat een schuldeiser kan verlangen dat hem zekerheid of een andere waarborg wordt gegeven voor de voldoening van zijn vordering. De wet voorziet in een recht van verzet voor de schuldeisers, omdat door een juridische fusie hun positie nadelig kan worden beïnvloed. Schuldeisers dienen wel aannemelijk te maken dat ten gevolge van de fusie de waarborg dat hun vordering zal worden voldaan, is verminderd. Dit geldt niet indien de schuldeiser reeds voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de verkrijgende vennootschap na de fusie niet minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, dan voordien het geval was. Of sprake is van voldoende waarborgen, zal steeds van de omstandigheden afhangen.

Zijn de wederpartijen die nog geen beroep hebben gedaan op de 403-verklaring, schuldeisers in de zin van artikel 2:316 BW zodat ook zij verzetrecht hebben? Wij menen van wel. Uit de tekst van artikel 2:316 BW valt niet af te leiden dat er sprake moet zijn van een reeds bestaande vordering. In de discussie over artikel 2:404 BW wordt verzetrecht voor schuldeisers die nog geen beroep hebben gedaan op de 403-verklaring, aanvaard. Zie onder meer Beckman,¹⁵ die opmerkt dat voor crediteuren uit nog niet opeisbare verbintenissen van de groepsmaatschappij waarvoor een 403-verklaring is afgegeven, de verzetprocedure van artikel 2:404 BW de enige mogelijkheid is om te voorkomen dat de hoofdelijke verbondenheid van de moedermaatschappij door beëindiging verdwijnt. Artikel 2:403 BW bevat hetzelfde woord 'schuldeisers' als artikel 2:316 BW. Wij zien geen reden voor een andere interpretatie van dat woord in artikel 2:316 BW.

Conclusie

Het antwoord op de vraag wat het effect van een juridische fusie is op een verklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 onder f BW, die is afgegeven door de bij fusie verdwijnende vennootschap, is op basis van wet, literatuur en jurisprudentie niet eenduidig te geven.

In deze bijdrage hebben wij betoogd dat de aansprakelijkheidstelling (voor de toekomst) in geval van een juridische fusie van de verdwijnende vennootschap niet mee overgaat naar de verkrijgende vennootschap, en dat ditzelfde ook geldt voor de overblijvende aansprakelijkheid. Ook die gaat niet mee over, tenzij reeds een beroep op de aansprakelijkheidstelling is gedaan, waardoor een schuld is ontstaan. Belangen van wederpartijen die een beroep op de 403-verklaring zouden kunnen doen of hebben gedaan, hebben een recht van verzet bij de fusie. Reeds ingestelde vorderingen zijn verplichtingen die wel mee overgaan op de verkrijgende vennootschap.

*Mr. H.J. Portengen
Mr. N.R.M. Crouwers
Loyens & Loeff*

13. Zie het in noot 6 aangehaalde arrest.

14. Beckman acht overigens beëindiging door de verkrijgende vennootschap wel mogelijk, maar pas als het groepsverband is verbroken (zie Beckman 1995, p. 623).

15. Beckman 1995, p. 612-613.