

De driehoekssplitsing binnen moeder-dochterverhoudingen

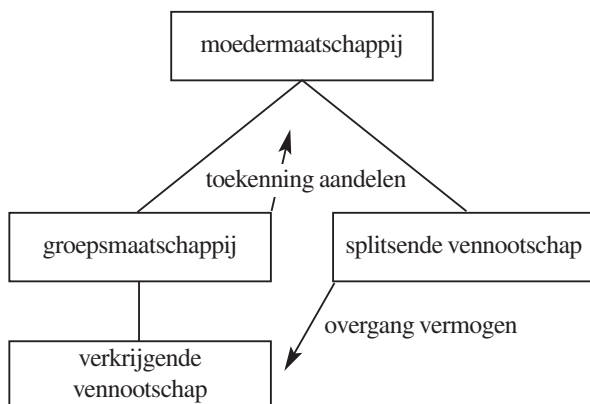
Inleiding

Het binnen concern uitzakken van (een gedeelte van) de onderneming van een vennootschap vindt veelvuldig plaats. Dikwijls worden de activa en passiva onder bijzondere titel overgedragen aan een dochtervennootschap. In tal van situaties kan het praktisch zijn om gebruik te maken van de mogelijkheden die de splitsingswetgeving biedt. Los van fiscale overwegingen om voor een juridische splitsing te kiezen kan de overgang van vermogen onder algemene titel in beginsel uitkomst bieden wanneer de onderneming bijvoorbeeld veel contracten of schulden kent die naar de verkrijgende vennootschap over dienen te gaan zonder dat de wederpartij haar medewerking respectievelijk toestemming behoeft te verlenen.

In het navolgende wordt nader ingegaan op de vraag of de driehoekssplitsing voor concernreorganisaties uitkomst kan bieden en of deze bijzondere splitsingsvorm, wanneer gebruikt in moeder-dochterverhoudingen, wel voldoet aan de definitie van splitsing als bedoeld in artikel 2:334a BW (jo. art. 2:334ii BW). Eventuele nadelen van de splitsingsvariant op grond van artikel 2:334t BW (aansprakelijkheid tot nakoming van verbintenissen) ten opzichte van een inbreng in natura laat ik buiten beschouwing, met name omdat in de meeste gevallen binnen concernverband aansprakelijkheidsverklaringen in de zin van artikel 2:403 BW zijn afgegeven.

Driehoekssplitsing algemeen

De driehoekssplitsing is een vorm van afsplitsing. Afsplitsing wordt in artikel 2:334a BW – voorzover hier van belang – als volgt gedefinieerd: de rechtshandeling waarbij het vermogen (of een deel daarvan) van een rechtspersoon die bij de splitsing niet ophoudt te bestaan onder algemene titel wordt verkregen door één of meer andere rechtspersonen waarvan ten minste één aandelen in zijn kapitaal toekent aan de aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon. Bij een driehoekssplitsing als bedoeld in artikel 2:334ii BW is het niet de verkrijgende vennootschap, maar een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap in de zin van artikel 2:24b BW, die aandelen toekent aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap. Binnen concernverband kan een driehoekssplitsing er als volgt uitzien:



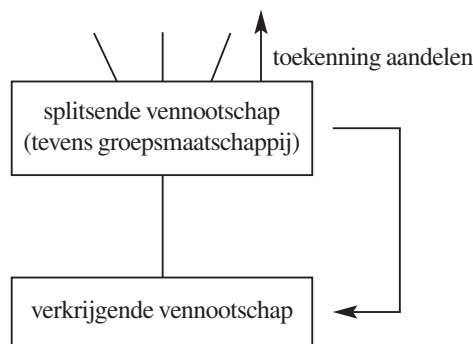
Het voordeel van de driehoekssplitsing boven de 'gewone' afsplitsing is gelegen in het feit dat het vermogen van de splitsende vennootschap direct onder algemene titel wordt 'overgedragen' aan de verkrijgende vennootschap (de dochtervennootschap) zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het bestaande 100%-belang dat de groepsmaatschappij houdt in de verkrijgende vennootschap. Aldus vindt geen verstoring van zeggenschapsverhoudingen plaats en wordt een eventuele fiscale eenheid tussen de verkrijgende vennootschap en de groepsmaatschappij niet verbroken.

De groepsmaatschappij die aandelen toekent, is naast de verkrijgende vennootschap partij bij de splitsing. Op haar zijn de bepalingen van titel 7, afdelingen 4 en 5, van Boek 2 BW van toepassing als ware zij verkrijgende vennootschap, met dien verstande dat de bepalingen van de splitsingswetgeving die zien op die vermogensovergang, zich in de regel slechts richten tot de daadwerkelijk verkrijgende vennootschap (art. 2:334k, 2:334l en 2:334t BW zijn bijvoorbeeld niet op de groepsmaatschappij van toepassing). De verkrijgende vennootschap hoeft voorts niet te voldoen aan de wettelijke voorschriften die specifiek betrekking hebben op de overgang van het aandeelhouderschap (zie onder meer art. 2:334x lid 3 en 2:334y sub b BW). Artikel 2:334ii lid 3 BW werkt dit nader uit.

Driehoekssplitsing in moeder-dochterverhoudingen

In de praktijk bestaat dikwijls de behoefte om vermogensbestanddelen van een moedermaatschappij onder algemene titel over te doen gaan op een dochtermaatschappij zonder dat de bestaande 100%-aandelenverhouding tussen hen wordt gewijzigd. In zo'n situatie kan gebruik worden gemaakt van de driehoekssplitsing. Een voorbeeld:

Bij deze vorm van driehoekssplitsing wordt de splitsende vennootschap tevens aangemerkt als groepsmaatschap-



pij van de verkrijgende vennootschap. In het kader van de driehoekssplitsing worden aan de aandeelhouder(s) van de splitsende vennootschap aandelen toegekend in het kapitaal van een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap, zijnde de splitsende vennootschap zelf. Het bijzondere van deze vorm is dat de splitsende vennootschap zelf in het kader van de splitsing aandelen toekent aan haar aandeelhouders zonder dat zij direct of indirect vermogen verkrijgt. De concernstructuur wordt niet aangetast door de splitsing, terwijl het vermogen van de splitsende vennootschap wel onder algemene titel overgaat naar de verkrijgende vennootschap. De vraag dringt zich op of deze splitsingsvorm ook daadwerkelijk een driehoekssplitsing oplevert in de zin van artikel 2:334ii BW. In het navolgende wordt stilgestaan bij de wettekst van artikel 2:334ii BW en bij de relevante wetsgeschiedenis.

Artikel 2:334ii BW

Zoals hiervoor al is opgemerkt, bepaalt artikel 2:334ii BW dat aandeelhouders van de splitsende vennootschap geen aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap, maar van een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap. Daarbij wordt de eis gesteld dat de groepsmaatschappij die de aandelen toekent, alleen of tezamen met een andere groepsmaatschappij het gehele geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschafft. Aan beide wettelijke vereisten wordt voldaan: aan de aandeelhouder van de splitsende vennootschap worden aandelen toegekend door een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap, te weten de splitsende vennootschap zelf. Tevens verschafft zij het gehele kapitaal van de verkrijgende vennootschap.

Wetsgeschiedenis inzake artikel 2:334ii lid 4 (oud) BW

De hiervoor genoemde structuur (zij het in een iets andere vorm) is in de kamerstukken besproken. In het oorspronkelijke wetsvoorstel van de splitsingswetgeving

(Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 1-2) kende artikel 2:334ii BW een vierde lid dat al voor de beraadslaging in de Tweede Kamer is komen te vervallen. Lid 4 luidde: 'Dit artikel [lees: de driehoekssplitsing; JL] kan niet worden toegepast ten aanzien van een verkrijgende vennootschap die een groepsmaatschappij van de splitsende vennootschap is.' De memorie van toelichting lichtte toe dat 'het niet wenselijk is mogelijk te maken dat de aandelen worden toegekend door de moedermaatschappij van een groepsmaatschappij van de splitsende vennootschap. Zou zo'n toekenning wel mogelijk zijn, dan zou een splitsing die zich geheel binnen hetzelfde concern afspeelt, aanleiding kunnen geven tot toekennen van aandelen door de moedermaatschappij van het concern aan haar aandeelhouders, die overigens door de splitsing in genedele worden geraakt. Voor zo'n toekenning is de splitsingsregeling niet bedoeld. Artikel 2:334ii lid 4 sluit de mogelijkheid uit.'

Het vierde lid is bij de nota van wijziging 'als overbodig' komen te vervallen. Dat is opmerkelijk gezien het voorgaande betoog van de Minister van Justitie. Nog opmerkelijker is dat de minister lid 4 laat vervallen met de redenering dat 'er bij de driehoekssplitsing binnen concern inderdaad geen sprake kan zijn van het toekennen van aandelen aan de aandeelhouders van de groepsmaatschappij' (Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6). Hoewel deze gedachtegang (en overigens ook de daaraan ten grondslag liggende kamervragen) geen recht doet aan de oorspronkelijke opzet van artikel 2:334ii lid 4 BW, is het gevolg van het vervallen van dit artikellid dat de wetgever de hiervoor aangegeven splitsingsvorm mogelijk heeft gemaakt. Steun voor deze opvatting wordt gevonden bij Van Olffen (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69, Deventer 2002, p. 104).

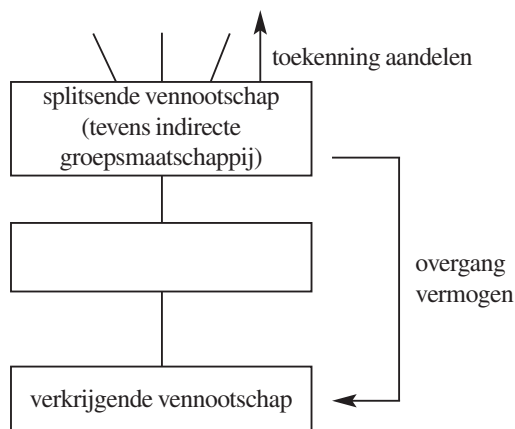
Wetsgeschiedenis inzake eis van structuurwijziging

Een ander belangrijk element in de wetsgeschiedenis is de eis van de memorie van toelichting op de splitsingswetgeving, dat een splitsing altijd moet resulteren in een structuurwijziging. Wat de kenmerken van een structuurwijziging zijn, wordt slechts in zeer algemene bewoordingen aangegeven: 'De structuurwijziging zal doorgaans zijn dat de (...) aandeelhouders van een splitsende vennootschap (...) aandeelhouder worden van een of meer verkrijgende rechtspersonen.' Of het louter toekennen van extra aandelen door de groepsmaatschappij (in voorgaande situatie dus de splitsende vennootschap) aan haar bestaande aandeelhouder(s) een structuurwijziging inhoudt, is twijfelachtig. Wat hier ook van zij, de nota naar aanleiding van het verslag benadrukt dat de structuurwijziging niet als een additionele eis – dus naast de

eisen die artikel 2:334a BW (jo. art. 2:334ii BW) aan een splitsing stelt – moet worden gezien, maar eerder als een verduidelijking van onder meer het vereiste dat aandelen dienen te worden toegekend aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap (Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6). Benadrukt wordt dat wanneer een structuur voldoet aan de eisen die de wet aan een splitsing stelt, het een splitsing betreft.

Betekenis van de zinsnede 'alleen of tezamen met een andere groepsmaatschappij' (art. 2:334ii lid 2 BW)

Uit het voorgaande vloeit voort dat noch de wettekst, noch de wetsgeschiedenis aan het gebruik van vorenstaande splitsingsvariant, waarbij de splitsende vennootschap (als groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap) aandelen toekent aan haar aandeelhouder(s), in de weg staat. Zou de conclusie anders luiden als de verkrijgende vennootschap niet een dochtervennootschap van de splitsende vennootschap is, maar een kleindochtervennootschap? Een voorbeeld:



Met andere woorden, lopen we op tegen de bepaling van artikel 2:334ii lid 2 BW, waarin staat dat de groepsmaatschappij die de aandelen toekent *alleen of tezamen* (cursief: JL) met een andere groepsmaatschappij *het gehele geplaatste kapitaal* (cursief: JL) van de verkrijgende vennootschap dient te verschaffen? Uit het hiervoor gegeven voorbeeld blijkt dat de splitsende vennootschap in casu noch alleen noch tezamen met een andere groepsmaatschappij het gehele kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschafft. Zij verschafft wel indirect (via de directe groepsmaatschappij) het gehele kapitaal in de verkrijgende vennootschap.

De zinsnede 'alleen of tezamen met een andere groepsmaatschappij' is ontleend aan de fusiewetgeving inzake de driehoeksfusie. Bij de nota van wijziging bij de Wet van 19 januari 1983 tot regeling van de fusie van naamlo-

ze en besloten vennootschappen (Kamerstukken II, zitting 1981, 16 453, nr. 7) is de driehoeksfusie in het wetsvoorstel opgenomen. De memorie van antwoord stelde dat 'wanneer een naamloze of besloten vennootschap fuseert met een vennootschap die deel uitmaakt van een concern, de aandeelhouders aandelen in een andere vennootschap in dat concern zullen kunnen krijgen dan in de vennootschap waarmee zij fuseert'. Een driehoeksfusie was slechts mogelijk, indien 'de groepsmaatschappij voor eigen rekening *rechtstreeks of middellijk* [cursief: JL], al dan niet tezamen met een andere groepsmaatschappij, alle aandelen van de verkrijgende vennootschap houdt'. De bewoording 'rechtstreeks of middellijk' is echter gewijzigd bij de Wet van 21 april 1987, houdende regeling van de fusie van verenigingen en van stichtingen. De memorie van antwoord (Kamerstukken II 1985/86, 18 285, nr. 6) geeft slechts aan dat van de gelegenheid gebruik is gemaakt om de bewoordingen te vervangen door de in Boek 2 BW meer gebruikelijke omschrijving 'het samen met een groepsmaatschappij verschaffen van kapitaal'. Een beperking van de mogelijkheden in de zin dat een driehoeksfusie met bijvoorbeeld een kleindochtervennootschap van de aandelen toekennende groepsmaatschappij (immers wel een middellijke deelneming) niet langer mogelijk is, lijkt niet bedoeld te zijn. De wijziging van de tekst brengt naar mijn mening meer verwarring mee dan dat zij opheldering heeft gebracht. Het is juist dat bijvoorbeeld in artikel 2:24a BW (definitie dochtermaatschappij) gesproken wordt over 'alleen of samen', maar de tekst van de definitie brengt ook mee dat de middellijk gehouden dochtermaatschappijen onder de definitie vallen (vergelijk ook art. 2:24c BW en 2:406 BW). Het zou juist zijn geweest als artikel 2:334ii BW (en art. 2:334 BW) zou luiden dat een driehoekssplitsing (respectievelijk driehoeksfusie) slechts mogelijk is, indien 'de groepsmaatschappij of *een of meer van haar groepsmaatschappijen* [cursief: JL] alleen of samen alle aandelen van de verkrijgende vennootschap houdt'.

Het verdient nog opmerking dat de Minister van Justitie tijdens de behandeling van de splitsingswetgeving de vraag of een driehoekssplitsing niet alleen mogelijk is als de moedermaatschappij (alleen of samen met een andere groepsmaatschappij) het gehele kapitaal verschafft, maar ook als een dochter dat doet, specifiek heeft voorgelegd gekregen. In de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6) heeft de minister daarop geantwoord dat de faciliteit van de driehoekssplitsing op haar plaats is als de moeder rechtstreeks de controle over de verkrijgende vennootschap heeft. Zo'n rechtstreekse relatie kan overigens ook bestaan als de

moedermaatschappij het kapitaal samen met meer groepsmaatschappijen verschafft, aldus de minister. Ik zie niet in waarom een indirecte groepsmaatschappij die tijdelijk – voor de duur van de splitsingsprocedure – een aandeel in de verkrijgende vennootschap heeft gekregen en aldus 'tezamen met een andere groepsmaatschappij' het gehele kapitaal in de verkrijgende vennootschap verschafft, wel een rechtstreekse controle op de verkrijgende vennootschap zou kunnen uitoefenen, maar een zuiver indirecte groepsmaatschappij niet. Mede gezien de hiervoor aangehaalde tekst van de memorie van antwoord inzake de regeling van fusie van verenigingen en stichtingen, kan naar mijn mening ook een indirecte groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap aandelen toekennen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap.

Conclusie

Het geheel overziend staat noch de wettekst noch de wetsgeschiedenis in de weg aan het gebruik van de driehoekssplitsing binnen moeder-dochterverhoudingen, waarbij de splitsende vennootschap als directe of indirecte groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap aandelen toekent aan haar aandeelhouder(s).

Wanneer de splitsende vennootschap een indirecte groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap is en zij aldus aandelen toekent aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap, is de in de praktijk veelgebruikte methode om in geval van een indirecte groepsmaatschappij tijdelijk – voor de duur van de splitsingsprocedure – een aandeel in de verkrijgende vennootschap te 'parkeren' bij de groepsmaatschappij die aandelen toekent, overbodig.

Mr. J.J.C.A. Leemrijse
Loyens & Loeff