

Enige beschouwingen rondom de splitsingsbeschrijving

1. Inleiding

Als u wel eens heeft geadviseerd over een juridische splitsing van een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:334a lid 1 BW dan bent u ongetwijfeld bekend met het voorschrift dat een splitsingsbeschrijving moet worden opgesteld. Aan de hand van die beschrijving wordt bepaald welk deel van het vermogen zal overgaan op de verkrijgende rechtspersonen en welk deel van het vermogen eventueel zal achterblijven bij de splitsende rechtspersoon (art. 2:334f lid 2 sub d BW). Partijen kiezen vaak voor het instrument van de juridische splitsing omdat daarbij vermogen onder algemene titel overgaat. Het voordeel is dat leveringsvereisten niet hoeven te worden gevolgd. De splitsingsbeschrijving kan – voor het rechtsgevolg van de overgang onder algemene titel – worden gezien als het belangrijkste onderdeel van het voorstel tot splitsing. In de praktijk wordt de beschrijving meestal in de vorm van een bijlage aan het splitsingsvoorstel gehecht.¹

In dit artikel volgt een beschouwing over de inhoud van de beschrijving, de mate van nauwkeurigheid, de ‘vergeten voorwerpregeling’ van art. 2:334s BW en de verhouding tussen de beschrijving en de aansprakelijkheid van art. 2:334t BW. Vervolgens gaan we in op enkele praktische afwegingen rondom de splitsingsbeschrijving. Zo vindt soms voorafgaand aan de totstandkoming van een splitsing binnen een concern een hergroepering van vermogen plaats. Die hergroepering kan te maken hebben met een voorgenomen verkoop van een bedrijfsonderdeel. We gaan ook in op de kwestie of in een beschrijving al rekening kan worden gehouden met vermogen dat na het opstellen van de beschrijving maar voor het passeren van de splitsingsakte direct of indirect door de splitsende rechtspersoon wordt verkregen.

De splitsingsbeschrijving is aan de orde bij de splitsing van alle rechtsvormen die kunnen worden gesplitst. Deze bijdrage concentreert zich op de splitsing waarbij BV's en/of NV's zijn betrokken.

2. Doel van de beschrijving

Volgens art. 2:334f lid 2 sub d BW moet bij een overgang van het gehele vermogen aan de hand van de beschrijving nauwkeurig kunnen worden bepaald welke vermogensbestanddelen (bezittingen, schulden en enkelvoudige of samengestelde rechtsverhoudingen) zullen overgaan op



Mr. J.D.M.
Schoonbrood*



Mr. N.A.H. Wolswijk*

elk van de verkrijgende rechtspersonen. Is het de bedoeling slechts een deel van het vermogen over te laten gaan, dan moet volgens dat wetsartikel aan de hand van de beschrijving nauwkeurig kunnen worden bepaald welke vermogensbestanddelen door de splitsende rechtspersoon zullen worden behouden.² Vermogensovergang vindt dus plaats overeenkomstig hetgeen in de beschrijving is gemeld. Discussie kan ontstaan over de vereiste mate van nauwkeurigheid. Het spreekt voor zich dat de nauwkeurigheidskwestie per geval kan verschillen. Het zal afhangen van de samenstelling van het vermogen en van hetgeen uit de bewoordingen van de splitsingsbeschrijving volgt. In de splitsingsakte kan niet meer worden afgeweken van de beschrijving.³

* Notaris/partner respectievelijk kandidaat-notaris/partner te Amsterdam.
(jean.schoonbrood@zuidbroek.com)
(niels.wolswijk@zuidbroek.com)

1. De beschrijving moet ook aan de notariële akte van splitsing worden gehecht (art. 2:334n lid 2 BW).
2. Oorspronkelijk art. 3 lid 2 van de richtlijn 82/891/EEG (Zesde Richtlijn). Nu opgenomen in art. 137 lid 2 van de richtlijn van 14 juni 2017 (2017/1132/EU) (de Kapitaalvennootschappenrichtlijn). Het voorschrift is uitgewerkt in art. 2:334f lid 2 sub d BW. In de richtlijn is alleen de zuivere splitsing geregeld. In het splitsingsvoorstel moet worden vermeld “*de nauwkeurige beschrijving en verdeling van de aan elke verkrijgende vennootschap over te dragen activa en passiva*”. De afsplitsing is in de richtlijn niet geregeld en daarom ontbreekt daar een regeling over het achterblijvende vermogen. Nederland heeft wel een regeling voor de afsplitsing ingevoerd. De nauwkeurigheid geldt volgens art. 2:334f lid 2 sub d BW ook voor het achterblijvende vermogen.
3. Art. 2:334m lid 1 jo. 2:334f lid 2 sub d BW.

3. De inhoud van een beschrijving. Welke mate van nauwkeurigheid?

In het splitsingsvoorstel moet worden vermeld of het gehele vermogen zal overgaan of een deel daarvan (art. 2:334f lid 2 sub c BW).⁴ Dit onderscheid is relevant voor de inhoud van de beschrijving. In paragraaf 4 zal blijken dat het onderscheid ook van belang is voor de vaststelling wie rechthebbende is als dat aan de hand van de beschrijving niet kan worden bepaald (art. 2:334s BW). Als slechts een deel van het vermogen overgaat, is sprake van een afsplitsing en zal de splitsende rechtspersoon na de splitsing blijven voortbestaan (art. 2:334a lid 3 BW). Gaat het gehele vermogen over op twee of meer verkrijgende rechtspersonen dan is sprake van een zuivere splitsing; de splitsende rechtspersoon heeft geen vermogen meer en houdt volgens de hoofdregel van art. 2:334c lid 1 BW op te bestaan (art. 2:334a lid 2 BW). Als het gehele vermogen overgaat op een of meer verkrijgende rechtspersonen en bij de splitsing ten minste een BV of NV als verkrijgende rechtspersoon wordt opgericht waarvan de splitsende rechtspersoon alle aandelen verkrijgt, blijft de splitsende rechtspersoon voortbestaan (art. 2:334c lid 2 BW). De splitsende rechtspersoon is dan na de splitsing niet leeg maar houdt aandelen in een of meer nieuw opgerichte verkrijgende rechtspersonen.

Uit de beschrijving valt dus op te maken of het vermogen geheel of gedeeltelijk zal overgaan. De beschrijving moet zo nauwkeurig worden opgesteld dat daaruit de verdeling van het vermogen valt op te maken.⁵ Met Buijn zijn we het eens dat nauwkeurig niet hetzelfde is als gedetailleerd.⁶ Uit de parlementaire geschiedenis⁷ volgt dat bij een afsplitsing van een specifiek onroerend goed een exacte aanduiding met kadastrale kenmerken nodig is. De mate van detail zal afhangen van de samenstelling van het vermogen. Als duidelijk is waar de splitsing op betrekking heeft, hoeven niet alle details te worden opgenomen en kan worden volstaan met een globale omschrijving, bijvoorbeeld alle levensmiddelen die zich bevinden op een bepaalde plaats ten tijde van de splitsing of alle vorderingen op houders van een bepaald abonnement. Uit deze omschrijving blijkt niet de hoeveelheid maar toch kan eruit worden opgemaakt hoe de verdeling is. Als een zelfstandig onderdeel van een onderneming wordt afgesplitst zal een enkele verwijzing naar het zelfstandig onderdeel zonder verdere informatie niet snel nauwkeurig genoeg zijn. In de omschrijving zal duidelijk moeten worden aangegeven waaruit die onderneming bestaat. Dat laatste is wel anders als dat zelfstandig onderdeel (met haar activa en passiva) zich bijvoorbeeld op een eigen locatie bevindt en de af te splitsen en tot dat onderdeel behorende rechts-

verhoudingen duidelijk kunnen worden omschreven.⁸ Als het gehele vermogen op een nieuw opgerichte BV/NV overgaat, kan dat zonder nadere specificatie in de beschrijving worden vermeld. Een omschrijving van de afzonderlijke vermogensbestanddelen is in dat geval niet nodig. Het kan wel verstandig zijn om los van de beschrijving goed in kaart te brengen waaruit het vermogen precies bestaat. Een inventarisatie van de samenstelling van het vermogen dient bij voorkeur al plaats te vinden voordat men het splitsingsvoorstel opstelt. Een dergelijke inventarisatie kan tot andere inzichten leiden over de te volgen route. Als het af te splitsen vermogen bijvoorbeeld veel in het buitenland geregistreerde intellectuele eigendomsrechten omvat, kan een overgang onder algemene titel van al die rechten mede door de administratieve handelingen voor een wijziging van de tenaamstelling in het buitenland zoveel tijd en geld kosten dat het niet meer interessant is om deze route van splitsing te volgen.

De beschrijving is dus bepalend om vast te stellen welke rechtspersoon welk deel van het vermogen na de splitsing houdt. Bij het opstellen van de beschrijving moet niet alleen gelet wor-

4. Een eerste vraag die gesteld moet worden is of een bepaalde rechtsbetrekking überhaupt vatbaar is voor overgang onder algemene titel. Men kan denken aan het bestuurderschap van een andere vennootschap waarvan wij menen dat dit niet krachtens algemene titel kan overgaan. Anders Chr.M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht 2017, deel 102, p. 460 die dit te ongenueanceerd vindt en op grond van het uitlegcriterium van mening is dat in de statuten kan worden verduidelijkt of, en zo ja in welke gevallen, de positie van bestuurder van die rechtspersoon voor overgang bij fusie of splitsing vatbaar is. Een voorbeeld van een rechtsbetrekking die wel kan overgaan (doch slechts op één verkrijger) is het lidmaatschap van een vereniging, vgl. art. 2:34 BW.
5. Dit volgt ook uit art. 137 lid 2 van de richtlijn van 14 juni 2017 (2017/1132/EU) (de Kapitaalvennootschappenrichtlijn).
6. F.K. Buijn in: Buijn, Nieuwdorp & Simonis, *Preadvies Vereniging Handelsrecht 1996*, p. 92.
7. MvT, *Kamerstukken II 1995/1996*, 24 702, nr. 3, p. 10-11.
8. Zie over de globale omschrijving van een zelfstandig onderdeel van een onderneming F.K. Buijn, *Preadvies t.a.p.* p. 55. Zie hierover nader F. Kwint, *Over de beschrijving als bedoeld in artikel 2:334f lid 2 onder d Burgerlijk Wetboek*, V&O maart 2004, nr. 3 die ook stelt dat per geval in een beschrijving de grens tussen gedetailleerde informatie en algemeen geformuleerde regels moet worden bepaald. Andere meningen die lijken uit te gaan van een meer gedetailleerde beschrijving: B. Wessels, *Splitsing van het onsplitbare?*, Stichting en Vereniging 1997, p. 176 en L.C.A. Verstappen in: M.G.J.C. Raaijmakers & L.C.A. Verstappen, *Onderneming en overdracht onder algemene titel*, *Preadvies van de Vereniging Handelsrecht 2002*, p. 107.

den op vermogen dat op de balans staat. Ook ander vermogen zoals rechtsverhoudingen met andere partijen zijn daarbij van belang. Niet alleen voor de bij de splitsing betrokken rechtspersonen is het van belang dat zij kunnen vaststellen waar het vermogen terecht komt, ook voor belanghebbende derden zoals schuldeisers en werknemers is dat van belang. Schuldeisers moeten uit de beschrijving kunnen opmaken wie hun wederpartij en schuldenaar zal zijn na de splitsing. Werknemers kunnen aan de hand van de beschrijving bepalen of inderdaad sprake is van de juiste toepassing van de regels tot behoud van hun rechten uit de bestaande arbeidsovereenkomsten bij een overgang van (een deel van) de onderneming (art. 7:662 e.v. BW).⁹ Als wederpartij bij een rechtsverhouding van een bij de splitsing betrokken partij hebben schuldeisers en werknemers de mogelijkheid in verzet te komen (art. 2:334l BW). Ook voor aandeelhouders is een duidelijke beschrijving van belang om de gevolgen van de splitsing voor hun positie te bezien. Ook notarissen en andere adviseurs die bij de uitwerking van een splitsing zijn betrokken, vervullen vaak ter bevordering van de rechtszekerheid een nuttige rol door bij de redactie van de beschrijving de nauwkeurigheid daarvan te vergroten.¹⁰ Vervolgens vervullen zij in dit kader een rol door aan de hand van de beschrijving de overgang van allerlei vermogensbestanddelen na de splitsing in registers te laten verwerken (kadaster, aandeelhoudersregister e.d.). Aan de hand van de beschrijving moet dan wel duidelijk zijn wie tot dat vermogen gerechtigd is.

Bij het opstellen van de beschrijving richt men zich meestal op het deel van het vermogen dat op de meest eenvoudige manier nauwkeurig is te omschrijven. Als slechts een beperkt aantal vermogensbestanddelen overgaat op een verkrijgende rechtspersoon en de rest van het vermogen van een onderneming achterblijft of overgaat op een andere verkrijgende rechtspersoon, kan volstaan worden met een nauwkeurige en duidelijke omschrijving van dat beperkt aantal vermogensbestanddelen. Voor hetgeen achterblijft of overgaat op de andere verkrijgende rechtspersoon kan in dit geval eenvoudig worden opgenomen dat het overige vermogen achterblijft dan wel dat het overig vermogen overgaat op de andere verkrijgende rechtspersoon.¹¹ Het spreekt voor zich dat als drie of meer partijen bij de splitsing en de verdeling van het vermogen zijn betrokken de algemene omschrijving van “het overige vermogen” slechts ten aanzien van een van de betrokken partijen kan worden gebruikt: voor de andere partijen zal uitgegaan moeten worden van een minder algemene en nauwkeurigere omschrijving.

4. De ‘vergeten voorwerpregeling’ van art. 2:334s BW

Art. 2:334s BW geeft een specifieke goederenrechtelijke oplossing voor het geval er onduidelijkheden bestaan ten aanzien van de verdeling. Dit artikel is van toepassing als een vermogensbestanddeel abusievelijk niet in de beschrijving is geadresseerd of als aan de hand daarvan niet nauwkeurig kan worden vastgesteld welke rechtspersoon na de splitsing rechthebbende geworden is van een bepaald vermogensbestanddeel.¹² De regeling kan ook betrekking hebben op vermogensbestanddelen die ten tijde van het opstellen van de beschrijving nog niet aanwezig of bekend waren. In navolging van anderen spreken wij hier over de ‘vergeten voorwerpregeling’.¹³ Ook hier speelt het onderscheid tussen de overgang van het gehele vermogen of gedeeltelijke vermogen een rol. Als de beschrijving geen eigen oplossing geeft, wordt art. 2:334s BW toegepast.

Als het gehele vermogen op twee of meer verkrijgende rechtspersonen is overgegaan, zijn de verkrijgende rechtspersonen gezamenlijk rechthebbende van die vermogensbestanddelen waarvan aan de hand van de beschrijving niet kan worden vastgesteld op wie die over zijn gegaan. Ten aanzien van die vermogensbestanddelen bestaat tussen hen dan een gemeenschap waarover hierna meer. In de onderlinge verhouding delen zij volgens art. 2:334s lid 2 BW in het vermogen naar rato van de waarde van het deel van het vermogen dat zij verkrijgen. Als het om schulden gaat, zijn alle verkrijgers hoofdelijk verbonden.¹⁴ Voor schulden die tot de gemeen-

9. MvT, *Kamerstukken II 1995/1996*, 24 702, nr. 3, p. 10-11. Over overgang van werknemers (arbeidsovereenkomsten) en de inhoud van de beschrijving gelet op art. 7:662 juncto art. 2:334j BW, H. Koster, *De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht 2009, deel 68, nr. 12.4.
10. Bij een splitsing zonder notariële tussenkomst (zoals voorgesteld in het voorstel van de Werkgroep Personenvennootschappen van september 2016 ten aanzien van een splitsing van personenvennootschappen) zou het zo maar kunnen zijn dat de nauwkeurigheid vaker onvoldoende is om de gevolgen van een splitsing goed te kunnen vaststellen.
11. MvT, *Kamerstukken II 1995/1996*, 24 702, nr. 3, p. 10 en *Kamerstukken II 1996/1997*, 24 702, nr. 6, p. 8. Aldus ook Van Olfen, Buijn & Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, 1998, p. 31 en p. 32 en Buijn, Preadvies, t.a.p. p. 55.
12. Art. 2:334s BW is gebaseerd op art 3 lid 3 Zesde Richtlijn thans art. 137 lid 3 Kapitaalvennootschappenrichtlijn; de richtlijn kent alleen een regeling voor de zuivere splitsing.
13. Aldus Koster t.a.p., p. 376 e.v. en de literatuur aldaar door hem genoemd in noot 93.
14. Koster heeft aanbevolen de aansprakelijkheid bij de vergeten voorwerpregeling te beperken tot de waarde van het verkregen vermogen, t.a.p. p. 378.

schap zijn gaan behoren, geldt niet de beperking naar rato van de waarde van het vermogen dat wordt verkregen of behouden. Voor schuldeisers geldt per vennootschap dus geen aansprakelijkheidsplafond.¹⁵

De onderlinge draagplicht en regres tussen de vennootschappen zal wel in beginsel naar rato van de waarde van het verkregen vermogen worden vastgesteld (art. 2:334s lid 2 BW). De waardering van het vermogen en de onderverdeling daarvan in het splitsingsvoorstel is dus van belang (art. 2:334f lid 2 sub e BW). Wij menen dat het ook mogelijk is om in de beschrijving af te wijken van deze wettelijke evenredigheidsregel en om in de onderlinge verhouding voor dit soort gevallen een andere draagplichtregeling op te nemen. Als de betrokken vennootschappen over de gehanteerde waarderingen achteraf van mening verschillen, zal de rechter hierover al dan niet na het inschakelen van deskundigen kunnen beslissen. Waarschijnlijk zal de rechter alleen in uitzonderlijke of bij gewijzigde omstandigheden tot een andere waarde oordelen dan opgenomen in de beschrijving bij het splitsingsvoorstel. Het voorstel zal immers door de verkrijgende rechtspersonen zijn getekend en gesteld kan worden dat zij met de waarde akkoord zijn gegaan. Dat laatste is niet het geval als de verkrijgende rechtspersonen pas bij de splitsing zijn opgericht.

Bij de overgang van het gehele vermogen naar een bij de splitsing nieuw opgerichte volledige dochter BV/NV kan de splitsende rechtspersoon ook blijven bestaan (art. 2:334c lid 2 BW). De splitsende rechtspersoon wordt volgens de regeling van art. 2:334s BW dan geen rechthebbende. Dat is logisch omdat het uitgangspunt is dat het gehele vermogen op meer verkrijgende rechtspersonen is overgegaan. De onduidelijkheid uit de beschrijving raakt de splitsende rechtspersoon dan niet. Voor de schulden die tot het vermogen behoren, is de splitsende rechtspersoon dan niet (meer) aansprakelijk op grond van art. 2:334s BW. Voor de splitsende rechtspersoon geldt wel nog de aansprakelijkheid voor de nakooming van verbintenissen als bedoeld in art. 2:334t BW.

De gezamenlijke gerechtigdheid van de verkrijgende rechtspersonen die het gevolg is van de ‘vergeten voorwerpregel’ leidt na de splitsing tot een gemeenschap in de zin van titel 7 van Boek 3 BW. Na de splitsing kan deze gemeenschap door de verkrijgende rechtspersonen worden verdeeld.¹⁶ Voor de overgang van het aan de deelgenoten toegedeelde is een levering vereist op dezelfde wijze als voor een overdracht is voorgeschreven (art. 3:186 lid 1 BW). Voor de titelre-

cherche is van belang dat de deelgenoot die het goed door de levering heeft verkregen, het goed houdt onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten het goed tezamen vóór de verdeling hielden (overgang onder algemene titel en dus niet krachtens overdracht) (art. 3:186 lid 2 BW).

Kunnen verkrijgers in aanvulling op de beschrijving al vóór het nemen van het splitsingsbesluit in onderling overleg uitmaken wie de rechthebbende (van een goed in de te vormen gemeenschap) zal zijn? Als de oorspronkelijke beschrijving met de daarin genoemde verdeling verder in stand blijft, is er volgens ons geen belemmering om de verdeling van het ‘vergeten voorwerp’ al bij voorbaat overeen te komen. Overengekomen kan worden dat de levering in het kader van de verdeling per het moment direct na het van kracht worden van de splitsing tot stand komt. Nu de goederenrechtelijke overgang van de toedeling pas na splitsing effectief kan worden, blijft de hoofdelijke verbondenheid van lid 4 van art. 2:334s BW van toepassing.¹⁷ Over de interne draagplicht kan men wel nadere afspraken maken.

De hiervoor genoemde gemeenschapsregeling van lid 2 geldt alleen als het gehele vermogen is overgegaan. Als in de beschrijving staat dat het gehele vermogen over zal gaan en achteraf blijkt dat een vermogensbestanddeel niet is overgegaan bijvoorbeeld omdat een vermogensbestanddeel hoogstpersoonlijk bleek te zijn, dan is dus niet het gehele vermogen overgegaan. Wie is dan de rechthebbende van dat vermogensbestanddeel? Als uit de beschrijving volgt dat niet het gehele vermogen is overgegaan, is de gesplitste voortbestaande rechtspersoon volgens de wet rechthebbende gebleven (art. 2:334s lid 3 juncto lid 1 BW). Als in de beschrijving staat dat het gehele vermogen over zal gaan en achteraf een vermogensbestanddeel hoogstpersoonlijk

15. Zie nader E.R. Roelofs, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*, VDHI nr. 122, p. 178.

16. Zie Buijn *Preadvies* t.a.p. p. 93-94 over de gemeenschap in de zin van Titel 7 van Boek 3 BW, verdeling, draagplicht en regres.

17. Art. 2:334t BW blijft ook van toepassing na splitsing. Bij een onduidelijke beschrijving speelt art. 2:334s BW. De verklaring achteraf waarbij de verkrijger verklaart de rechtsopvolger van een bepaald vermogensbestanddeel te zijn, is niet relevant als de verkrijging niet aan de hand van de beschrijving kan worden vastgesteld, aldus H. Koster, in: *Wie is de schuldenaar na juridische fusie of splitsing?*, Bb. 2017/48 naar aanleiding van de uitspraak van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 augustus 2016, *JOR* 2017/62 (Eureteco).

blijkt te zijn, kan lid 2 (de gemeenschapsregeling) op dat vermogensbestanddeel niet worden toegepast. In dit geval is duidelijk dat dat vermogensbestanddeel bij de splitsende rechtspersoon is achtergebleven, niet op grond van lid 3 maar omdat het juridisch niet kan overgaan naar een gemeenschap.

Aan de toepassing van art. 2:334s lid 3 BW kan men ontkomen door te zorgen voor een duidelijke beschrijving. Duidelijkheid kan verder worden bereikt door in de beschrijving op te nemen dat alle vermogensbestanddelen en schulden die niet aan de andere verkrijgende rechtspersonen worden toebedeeld aan een bepaalde verkrijgende rechtspersoon worden toebedeeld.¹⁸

Denkbaar is dat een vermogensbestanddeel wordt vervangen of teniet gaat voordat de splitsing van kracht wordt. In dat geval zal de verdeling van het vermogen overeenkomstig de beschrijving wellicht niet kunnen worden uitgevoerd. Immers het vermogensbestanddeel dat beschreven werd, is niet meer aanwezig en het eventueel door zaaksvervanging in de plaats gekomen vermogensbestanddeel is mogelijk niet relevant. Het is de vraag of het besluit tot splitsing wel kan of zal worden genomen. Het kan afhangen van de bewoordingen in de beschrijving. Het is verstandig in de beschrijving op te nemen dat zaaksvervanging wordt toegepast. Er bestaat dan geen onduidelijkheid wie de rechthebbende zal zijn na zaaksvervanging. De beschrijving kan ook andere eigen oplossingen geven om te ontkomen aan een toepassing van art. 2:334s BW. Zo kan een bepaalde verkrijgende rechtspersoon als rechthebbende worden aangevoerd voor alle vermogensbestanddelen die aan de hand van de beschrijving niet kunnen worden toebedeeld.¹⁹ Het besluit tot splitsing zal in dat geval in overeenstemming zijn met de beschrijving. Voor de bepaling wie de rechthebbende is, dient met name gelet te worden op de bewoordingen van de beschrijving. De bedoeling van partijen ofwel het 'Haviltexen' zal bij die vaststelling nauwelijks een rol spelen.²⁰

5. Relatie tussen de aansprakelijkheid van art. 2:334t BW en de beschrijving?

Voor de overgang van verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon kent art. 2:334t BW een ingewikkelde regeling ter bescherming van schuldeisers.²¹ De verkrijgende rechtspersonen en de splitsende rechtspersoon zijn aansprakelijk tot nakoming van de verbintenissen van de splitsende rechtspersoon ten tijde van (het van kracht worden van) de splitsing. De schulden die hieronder vallen dienen al te bestaan bij de splitsing maar ze hoeven op dat moment nog niet opeisbaar te zijn. Als sprake is van duurverbinte-

nissen zoals huur dan vallen alleen de bestaande schulden onder deze regeling en niet de toekomstige schulden uit de bestaande rechtsverhouding.²² Het gaat bij de aansprakelijkheid dus niet om de nakoming van uitsluitend de verbintenissen die bestaan ten tijde van het deponeren van de beschrijving. Het gaat dus ook niet alleen om verbintenissen waarvan aan de hand van de splitsing kan worden bepaald waar zij terecht komen. Er moet worden gekeken naar de verbintenissen die er zijn op het moment van het van kracht worden van de splitsing.

In de volgende leden van art. 2:334t BW wordt voor de impact van de aansprakelijkheid een onderscheid gemaakt tussen ondeelbare en deelbare verbintenissen. Dit onderscheid geeft niet duidelijk aan welk criterium daarvoor van belang is. Bepalend zal zijn de aard van de prestatie. In de literatuur acht men een prestatie deelbaar als door het splitsen van de prestatie haar wezen niet wordt aangetast.²³ Zo is de verplichting om een bepaalde zaak over te dragen ondeelbaar en de verplichting om een geldbedrag te betalen deelbaar.

Ondeelbare verbintenissen

Voor ondeelbare verbintenissen zijn alle verkrijgende rechtspersonen en de gesplitste voortbestaande rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk. Voor een deelbare verbintenis is de rechtspersoon die die verkrijgt of behoudt voor het geheel aansprakelijk. Voor de bij de splitsing betrokken rechtspersoon die bij de splitsing niet de deelbare verbintenis heeft verkregen of heeft behouden is de aansprakelijkheid beperkt tot de waarde van het vermogen dat hij heeft verkregen of heeft behouden (art. 2:334t lid 3 BW). Bepalend voor dit laatste plafond is het moment waarop de splitsing van kracht wordt (de dag na het passeren van de akte van splitsing). De waarde van het vermogen op dat latere moment is

18. Aldus ook S.F. Kwint, t.a.p.

19. Van Olfen, Buijn & Simonis, t.a.p. p. 35.

20. Zie aldus Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers*, uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 58, p. 266. Haviltexen betekent dat men let op de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de beschrijving mochten toekennen (HR 13-03-1981, NJ 1981/635 m.nt. Brunner (Haviltex)).

21. Art. 2:334t BW is een uitwerking van art. 12 lid 3 Zesde Richtlijn (vanaf juni 2017 art. 146 lid 3 van de Kapitaalvennootschappenrichtlijn).

22. Zie nota naar aanleiding van het Verslag, tweede kamer 1996-1997, 24 702, nr. 6, p. 10/11, anders eerder de memorie van toelichting. Zie ook Verbrugh t.a.p. p. 229/230 en daar genoemde literatuur. Recent T.S. Hoyer, *Aansprakelijkheid na een juridische splitsing in de praktijk*, MvO 2018/1 & 2.

23. Buijn, *Preadvies* t.a.p. p. 96; Gs Rp (bewerkt door C.H.C. Overes), art. 2:334t, aant. 4 en Verbrugh, t.a.p. p. 234.

dus van belang om de mate van aansprakelijkheid vast te stellen voor de rechtspersonen die niet de deelbare verbintenis verkrijgen of behouden. Uit de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak volgt dat die waarde in de beschrijving van het splitsingsvoorstel niet bepalend hoeft te zijn. De in de beschrijving opgenomen waarde van het deel van het vermogen dat een verkrijgende rechtspersoon verkrijgt of behoudt, is dus niet bepalend voor de vaststelling van de omvang van deze aansprakelijkheid (art. 2:334f lid 2 sub e BW). Het hanteren van een waarde die de opsteller van de beschrijving zelf heeft bepaald, zou tot een benadeling van derden kunnen leiden.²⁴ Het is begrijpelijk dat de maximale aansprakelijkheid niet kan worden gebaseerd op een puur subjectieve vaststelling van de bij de splitsing betrokken partijen over de waarde. Hoewel de in de beschrijving toegekende waarde in de regel een goed aanknopingspunt zal zijn, zal bij een geschil die waarde niet bepalend hoeven te zijn.²⁵

Voor de vaststelling van de waarde van het vermogen dat is overgegaan of is achtergebleven, wordt aangeknoopt bij de werkelijke waarde in het economische verkeer. Daarbij is het oordeel van de rechter bepalend, al zal de rechter zich kunnen laten bijstaan door waarderingsdeskundigen.

De bepalingen betreffende hoofdelijke verbondenheid zijn ten aanzien van deze aansprakelijkheid van toepassing (art. 2:334t lid 5 BW). Voor de rechtspersonen die de verbintenis niet verkrijgen of niet behouden, is – anders dan bij de hoofdelijke verbondenheid bij de vergeten voorwerpregel – sprake van een subsidiaire aansprakelijkheid (art. 2:334t lid 4 BW). Dat betekent dat de rechtspersoon die een ondeelbare verbintenis verkrijgt (de schuldenaar) als eerste moet nakomen. De overige verkrijgende rechtspersonen en de splitsende voortbestaande rechtspersoon zijn pas elk voor het geheel aansprakelijk als de verkrijger van de verbintenis tekortschiet in de volledige nakoming. Voor schuldeisers ten aanzien van een ondeelbare verbintenis geldt geen andere beperking dan de subsidiariteit; zij kunnen zich uiteindelijk volledig verhalen op alle bij de splitsing betrokken rechtspersonen. Als een van de subsidiaire aansprakelijke rechtspersonen de verbintenis is nagekomen, zal die volgens ons op de schuldenaar regres kunnen nemen. Aangezien de schuldenaar in eerste instantie de verbintenis niet heeft kunnen nakomen, zal het regres op de schuldenaar mogelijk niets opleveren. Regres op de andere subsidiaire aansprakelijke verkrijgende rechtspersonen is mogelijk (art. 6:10/102 BW) en kan in beginsel ook nader tussen die partijen zijn geregeld (bijvoorbeeld in de beschrijving).

Deelbare verbintenissen

Bij deelbare verbintenissen zijn alleen voor het geheel aansprakelijk de rechtspersoon die de verbintenis verkrijgt en de rechtspersoon die de verbintenis behoudt. Zoals hiervoor beschreven kent de subsidiaire aansprakelijkheid van andere bij de splitsing betrokken rechtspersonen een plafond dat vastgesteld wordt door de waarde per het tijdstip van splitsing. Als een van de subsidiaire aansprakelijke rechtspersonen de schuld van de schuldenaar heeft voldaan, dan zal hij in beginsel volledig regres kunnen nemen op die schuldenaar en ook op de andere subsidiaire aansprakelijke rechtspersonen maar voor die laatste in beginsel naar rato van de waarde van het verkregen en achtergebleven vermogen.

Beperking aansprakelijkheid

De omvang van de eventuele aansprakelijkheid van art. 2:334t BW kan op verschillende manieren worden beïnvloed. Zo kan overwogen worden om risicovolle verbintenissen vooruitlopend op de splitsing onder bijzondere titel over te dragen. Dat zijn dan ten tijde van de splitsing geen verbintenissen meer van de splitsende rechtspersoon. De aansprakelijkheid van art. 2:334t BW geldt niet voor die verbintenissen. Voor rechtspersonen die de risicovolle verbintenissen niet behouden of verkrijgen, is de aansprakelijkheid dan beperkt tot de waarde van het verkregen of behouden vermogen. De omvang van de aansprakelijkheid kan hier worden verkleind door de waarde van het bij splitsing te verkrijgen vermogen te beïnvloeden. Een overdracht onder bijzondere titel vooruitlopend op de splitsing kan ertoe leiden dat maar een geringe waarde door splitsing overgaat op een bij de splitsing betrokken rechtspersoon die bij de splitsing niet de deelbare verbintenis heeft verkregen of heeft behouden. Ook kan het saldo van de waarde van het vermogen dat op die rechtspersoon over gaat worden verkleind door voor splitsing schuldverhoudingen aan te gaan (bijvoorbeeld het uitkeren van dividend door een BV dat schuldig wordt gebleven) die vervolgens mee worden afgesplitst. De aansprakelijkheid van die rechtspersoon is

24. *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 702, nr. 3, p. 19 en Verbrugh t.a.p. p. 231-232. Hof Amsterdam (OK) 18 november 1999, Troll Group/SEP, *JOR* 1999/254, m.nt. Wintgens-van Luyn. Het gaat om de objectieve waarde.

25. Zie over de waardering nader S.W. van den Bergh, *Een waarderingskader voor waarderingsopdrachten in ondernemingsrechtelijke procedures*, Ondernemingsrecht 2017/125, par. 3.6. en de aldaar in noot 53 genoemde literatuur.

immers beperkt tot (het saldo van) de waarde van het vermogen dat hij ten gevolge van de splitsing heeft verkregen. Het is ook mogelijk om de risicovolle verbintenissen te hergroeperen en samen te brengen in een BV en vervolgens de aandelen van die BV te laten afsplitsen. Die risicovolle verbintenissen gaan in dat geval niet over ten gevolge van de splitsing. Art 2:334t BW geldt niet voor die verbintenissen. In de volgende paragraaf gaan we daar nader op in.

6. Enkele praktische afwegingen rondom de splitsingsbeschrijving

6.1. Het anticiperen in de beschrijving op na het openbaar maken van het voorstel doch voor de splitsing te verkrijgen vermogen uit een intragroep herstructurering

Kunnen in een splitsingsvoorstel ook vermogensbestanddelen die op dat moment nog niet zijn verkregen worden beschreven? Het lijkt vreemd dat het voorstel vermogensbestanddelen beschrijft die op moment van beschrijven nog niet tot het vermogen van de splitsende rechtspersoon behoren. Toch zou dat moeten kunnen als die vermogensbestanddelen in de beschrijving voldoende nauwkeurig kunnen worden beschreven of onder een andere (globale) beschrijving vallen.²⁶ Het spreekt voor zich dat die vermogensbestanddelen vervolgens wel voor het van kracht worden van de splitsing moeten worden verkregen. Anders kunnen ze niet door de splitsing overgaan. De beschrijving kan ook rekening houden met dergelijke te verkrijgen vermogensbestanddelen zonder nadere details te verschaffen. In de beschrijving kan immers een restbepaling worden opgenomen waarin staat dat het niet specifiek beschreven overig vermogen dat bij splitsing aanwezig is (inclusief het voor de splitsing te verkrijgen vermogen) op een bepaalde verkrijgende rechtspersoon over gaat dan wel bij de splitsende rechtspersoon achterblijft. De onderneming en het vermogen blijven zich namelijk tijdens de splitsingsprocedure verder ontwikkelen en ook een interne hergroepering van vermogen blijft tot de mogelijkheden behoren. De samenstelling van het vermogen en de waarde daarvan worden bij het deponeren van het splitsingsvoorstel niet bevroren.²⁷

Moet met bekende nog voor splitsing te verkrijgen vermogensbestanddelen ook rekening gehouden worden bij het bepalen van de waarde naar de dag waarop de jaarrekening of tussentijdse vermogensopstelling betrekking heeft (art. 2:334f lid 2 sub e BW)? Is dat van belang voor het vervolg van de splitsingsprocedure? Kan het van belang zijn voor de verklaring van een accountant? Volgens ons is het mogelijk om daar flexibel mee om te gaan en kan men de waarde van de nog te verkrijgen vermogensbestanddelen wel

noemen als nadere informatie bij het voorstel. De betrokken accountant zal waarschijnlijk met de waarde van dat nog te verkrijgen vermogen geen rekening houden bij het opstellen van de verklaringen die nodig zijn over de omvang van het vermogen (art. 2:334aa lid 2 en art 2:334bb juncto art. 2:94a/94b BW). Een accountant zal voor het afgeven van de verklaring in beginsel letten op de waardering van het aanwezige vermogen per de datum van de vermogensopstelling of – bij toepassing van art. 2:334bb BW – per de datum van beschrijving. Bij het afgeven van de ‘vermogensinstandhoudingsverklaring’ van art. 2:334aa lid 2 BW kan volgens ons een accountant rekening houden met agiostortingen (of opeisbare overeenkomsten daaromtrent) die plaatsvinden tussen de beschrijvingsdatum en de datum van afgifte van de accountantsverklaring. Een extra storting van agio kan soms nodig zijn om voldoende vermogen te creëren. Ingeval hierover discussie ontstaat, kan per datum van de agiostorting een nieuwe vermogensopstelling worden opgesteld.

De accountant zal bij het opstellen van de verklaring inzake de ruilverhouding van art. 2:334aa lid 1 BW rekening houden met de wijze waarop de verdeling volgens de beschrijving zal plaatsvinden. De accountant moet hier verklaren of de ruilverhouding naar zijn oordeel redelijk is. Als hij de ruilverhouding niet redelijk acht, kan de splitsing toch worden voortgezet. Bij een aandeelhouderssplitsing als bedoeld in art. 2:334cc BW moet de accountant ook verklaren dat de verdeling naar zijn oordeel redelijk is. Dat zal hij doen aan de hand van de beschrijving. Zonder een positieve verklaring over de verdeling kan de splitsing geen doorgang vinden. In de beschrijving kunnen afspraken zijn opgenomen die ervoor zorgen dat een verdeling uiteindelijk niet redelijk zal zijn. Zo kan bijvoorbeeld bij een splitsing ex art. 2:334cc BW van vennootschap BV C met twee aandeelhouders A en B in de beschrijving staan dat de BV A van aandeelhouder A alle liquide middelen (zonder zaaksvervanging) zal verkrijgen en dat BV B al het overige vermogen zal verkrijgen. Als ten tijde van de splitsing alle liquide middelen zijn aangewend voor aankopen,

26. Van Olfen, Buijn & Simonis, t.a.p. p. 32.

27. GS rechtspersonen, art. 2:334f aant. 3 (bewerkt door C.H.C. Overes) meldt dat omstandigheden die van invloed zijn op de waarde (tekst van art. 2:334 i BW oud) leiden tot een nieuw voorstel en nieuwe procedure. De waarde wijzigt echter voortdurend. Een nieuw voorstel zal volgens ons niet snel nodig zijn. We kunnen ons wel voorstellen dat in bepaalde gevallen het besluit tot splitsing niet zal worden genomen.

zal sprake kunnen zijn van een onredelijke verdeling; BV A zal door de splitsing geen vermogen verkrijgen.²⁸ De oplossing is dat in de beschrijving een compensatie wordt gegeven. Dat kan door een over- of onderbedelingsclausule overeen te komen. In de beschrijving kan worden opgenomen dat BV A voor de waarde van de aangewende liquide middelen tussen beschrijving en splitsing na de splitsing een vordering zal hebben op BV B. Zonder een dergelijke clausule kunnen er achteraf vraagtekens worden gezet bij de ruilverhouding en bij de volstorting van de aandelen.²⁹

Indien vermogensbestanddelen waarvan vaststaat dat die voor splitsing worden verkregen, niet in de beschrijving en bij de waardering zijn meegenomen, kan dat gevolgen hebben voor de verdeling van het vermogen. Bij het opstellen van de beschrijving is denkbaar dat nog niet duidelijk is welke vermogensbestanddelen nog zullen worden verkregen. Zoals we in paragraaf 5 zagen kan het niet-beschreven deel van het vermogen relevant zijn voor de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid ex art. 2:334t BW ten tijde van de splitsing, en zal het oordeel bij een geschil omtrent de waarde uiteindelijk bij de rechter liggen.

Bij het splitsingsvoorstel hoort ook een pro forma winst- en verliesrekening (art. 2:334f lid 2 sub d BW). Aan de hand daarvan kunnen schuldeisers en aandeelhouders een indruk krijgen over de winstcapaciteit na splitsing. Een pro forma winst- en verliesrekening kan volgens ons opgesteld worden alsof de hergroepering van het vermogen al heeft plaatsgevonden. Dat geeft mogelijk een beter inzicht over de opbrengstzijde. Het opstellen van een nauwkeurig pro forma overzicht zal niet goed mogelijk zijn. Volgens de memorie van toelichting kan met een globale presentatie worden volstaan.³⁰ Meestal wordt uitgegaan van de winst- en verliesrekening die onderdeel uitmaakt van de laatst vastgestelde jaarrekening. De gevolgen van de toekomstige hergroepering op de winst dan wel het verlies zullen uitsluitend op basis van een zeer globale inschatting kunnen worden meegenomen.

Derden kunnen in de positie van wederpartij van de splitsende rechtspersoon komen zonder dat zij dat al zijn bij het opstellen van het voorstel tot splitsing. Als bijvoorbeeld rechtsverhoudingen met wederpartijen via een intragroep herstructurering in de vorm van een juridische fusie bij de splitsende rechtspersoon terecht zullen komen, dan kan dat tot een verrassing leiden in het geval de procedure voor de splitsing, die pas na de fusie moet worden geëffectueerd, al is gaan lopen. Als die rechtsverhoudingen nog niet door

de fusie op de splitsende rechtspersoon zijn overgegaan, zal de wederpartij daarbij niet kunnen bevroeden dat hij door de reeds aangevangen procedure van afsplitsing kan worden geraakt. Hij hoeft immers nog niet te weten dat hij straks de wederpartij van de splitsende of verkrijgende rechtspersoon zal zijn. Bij verzet tegen een splitsing kan de rechter rekening houden met de belangen van derden en partijen in de gelegenheid stellen een door hem omschreven wijziging in het splitsingsvoorstel en dus ook in de beschrijving aan te brengen (art. 2:334l lid 2 BW). De verzetstermijn voor het splitsingsvoorstel waarin de nog niet tot het vermogen behorende rechtsverhouding is beschreven, kan ook al zijn verstreken terwijl de verzetstermijn voor de juridische fusie die voor wat betreft de uitvoering aan de splitsing vooraf gaat nog moet gaan lopen. De wederpartij zou dan niet de gelegenheid gehad hebben om verzet aan te tekenen tegen de splitsing (art. 2:334k BW).³¹ We gaan ervan uit dat de wijze van herstructureren niet is gekozen om eventuele derden te benadelen. Een wederpartij kan vanzelfsprekend ook ageren tegen nadere handelingen in geval van een bewuste benadeling op grond van onrechtmatige daad of *actio pauliana*, al zal de *actio pauliana* volgens de rechtspraak en literatuur niet gehanteerd kunnen worden om te komen tot vernietiging van een splitsing.³²

Bij zaaksvervanging wordt vermogen dat wel al is beschreven en dat de rechtspersoon verlaat, vervangen door het daarvoor in de plaats komende vermogen (bijvoorbeeld de uitkering van een verzekering na het afbranden van een pand). Het is zoals in paragraaf 3 uiteengezet verstandig in de beschrijving een regeling over zaaksvervanging op te nemen zowel voor het vermogen dat overgaat als voor het vermogen dat achterblijft; de beschrijving zelf kan immers in de split-

28. Afhankelijk van de aandelenverdeling zal aandeelhouder A de splitsing kunnen tegenhouden door tegen de splitsing te stemmen (namelijk het besluit wordt genomen met $\frac{3}{4}$ meerderheid in een vergadering waarin 95% van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd).

29. Van Olfen, Buijn & Simonis, t.a.p. p. 34.

30. *Kamerstukken II* 24 702, nr. 8, p. 2.

31. Opgemerkt zij dat anders dan bij art. 2:334t BW hier wel schuldeisers met vorderingen die niet of nog niet bestaan uit bestaande rechtsverhoudingen verzet kunnen aantekenen. Zie ook T.S. Hoyer, t.a.p.

32. Favini, HR 20 december 2013, RO 2014, 14 en J.D.M. Schoonbrood en J.R. van der Hoek, *Kan een juridische splitsing worden vernietigd op grond van de actio Pauliana?*, WPNR 2011, 6904, p. 883-885 en in *Ondernemingsrecht* 2014/52, p. 257-260.

singsakte niet meer worden aangepast.³³ Daarmee kan worden voorkomen dat onduidelijkheid blijft bestaan over de toedeling. Onduidelijkheid kan leiden tot toepassing van de ‘vergeten voorwerpregeling’. Een aanpassing zal alleen effect hebben op de overgang van vermogen als de procedure van de splitsing met de gewijzigde beschrijving opnieuw wordt gevolgd.

Als het splitsingsvoorstel geen of onvoldoende rekening houdt met allerlei activa en passiva die op het moment van het ondertekenen van het voorstel nog niet tot het vermogen van de splitsende rechtspersoon behoren, zal sprake kunnen zijn van na het voorstel gebleken belangrijke wijzigingen die de mededelingen in het voorstel en in de toelichting hebben beïnvloed. In dat geval moet het bestuur van elke BV/NV die partij is bij de splitsing de algemene vergadering(en) en de andere partijen bij de splitsing daarover inlichten (art. 2:334i lid 1 BW). Het geven van inlichtingen aan het orgaan algemene vergadering kan niet eenvoudig door een brief te sturen of door deze informatie op de website te zetten. Er zal een algemene vergadering opgeroepen moeten worden (art. 2:114/224 lid 3 BW). Deze informatie kan betrokken worden bij de besluitvorming door de algemene vergadering. Als het bestuur tot splitsing zou besluiten, dient een informatieve algemene vergadering te worden gehouden. Nadat de aandeelhouders de nadere informatie in de daarvoor bestemde vergadering hebben verkregen, kunnen aandeelhouders die ten minste een/twintigste van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen verzoeken een nieuwe algemene vergadering bijeen te roepen waarin de aandeelhouders zelf over de splitsing kunnen stemmen (art. 2:334ff lid 2 BW). Het besluit tot splitsing kan niet afwijken van het splitsingsvoorstel. Dat betekent ook dat niet kan worden besloten om af te wijken van de beschrijving; het besluit kan niet leiden tot een andere verdeling van het vermogen dan uit de beschrijving volgt. Uit de beschrijving volgt de verdeling van het vermogen. De beschrijving kan op dat punt niet nauwkeurig genoeg zijn. Bij een onduidelijke beschrijving speelt zoals we zagen de ‘vergeten voorwerpregeling’ van art. 2:334s BW een rol.

Kan de beschrijving ook meer varianten bevatten zodanig dat pas bij het splitsingsbesluit een keuze wordt uitgebracht voor een van de varianten?

Uit de beschrijving volgt wat de verdeling van het vermogen zal zijn op het moment waarop de splitsing van kracht wordt. Het past volgens ons niet in het systeem om in een of meer beschrijvingen als onderdeel van hetzelfde splitsingsvoorstel varianten op te nemen waarbij de uitvoering of de keuze voor een van de varianten

later pas gemaakt kan worden. Onduidelijk blijft dan voor belanghebbenden die tijdens de verzetperiode het splitsingsvoorstel raadplegen welke variant wordt gekozen. Een verzet wordt ingesteld tegen het splitsingsvoorstel en niet tegen een onderdeel daarvan zoals een variant van de beschrijving waarvan niet bekend is of die wordt uitgevoerd. Uit een beschrijving met verschillende varianten volgt niet welke variant gevolgd wordt en welk vermogen over zal gaan. In de definities van de zuivere splitsing (art. 2:334a lid 2 BW) en van de afsplitsing (art. 2:334a lid 3 BW) staat dat het vermogen onder algemene titel overgaat “overeenkomstig de aan de akte gehechte beschrijving”. Onzeker is volgens ons of na het maken van de subjectieve keuze voor een van de varianten sprake kan zijn van een overgang van het vermogen.

Wil men toch de keuze tussen verschillende varianten van een beschrijving op een later moment kunnen maken dan zal per variant een splitsingsvoorstel moeten worden opgesteld. Het is mogelijk om meerdere splitsingsvoorstellen tegelijk te deponeren. Het kan hierdoor wel ingewikkeld worden. In elk voorstel kan worden opgenomen dat het bestuur kan besluiten om aan het voorstel geen gevolg te geven door het voorstel niet ter besluitvorming voor te leggen. Als een voorstel al bij het handelsregister is gedeponeerd, kan zodra duidelijk is dat de splitsing niet meer doorgaat het terugtrekken van het voorstel worden opgegeven aan het handelsregister.

6.2. De beschrijving van een af te splitsen deelneming waarin na het openbaar maken van het voorstel allerlei vermogen uit een intragroep herstructurering wordt ondergebracht

Is het mogelijk een splitsingsvoorstel op te stellen waarbij de aandelen van een deelneming worden beschreven als af te splitsen vermogen terwijl pas na openbaarmaking van het voorstel allerlei vermogensbestanddelen door een intragroep herstructurering in die af te splitsen deelneming worden ondergebracht?

In dit geval worden de aandelen van de deelneming afgesplitst. Die aandelen behoren ten tijde van het opstellen van het splitsingsvoorstel al tot het vermogen van de splitsende rechtspersoon en kunnen ook in de beschrijving worden genoemd. De aandelen wijzigen in beginsel niet door de intragroep herstructurering. Wel kan de waarde van die aandelen worden beïnvloed door het vermogen dat uit de intragroep herstructurering naar de deelneming wordt verplaatst.

Deze route heeft als voordeel dat de beschrijving eenvoudig kan zijn. Toch kan dit tot ingewik-

33. Van Olfen, Buijn & Simonis, t.a.p. p. 33.

kelde beschouwingen leiden. We kunnen ons voorstellen dat bij het vermelden van de waarde in het splitsingsvoorstel als bedoeld in art. 2:334f lid 2 sub e BW en bij de pro forma winst- en verliesrekening van art. 2:334f lid 2 sub d BW ten einde voldoende informatie te geven en enigszins een goed inzicht te geven rekening wordt gehouden met de waarde van de vermogensbestanddelen die de deelneming nog zal verkrijgen. In dat geval wordt bij wijze van fictie aangenomen dat de waarde van de door de deelneming bij de intragroep herstructurering te verkrijgen vermogensbestanddelen er per de datum van de jaarrekening of tussentijdse vermogensopstelling al in zit. Als een verklaring van een accountant nodig is, zal die waarschijnlijk geen rekening houden met die fictie. De bepaling van de waarde in het splitsingsvoorstel kan een rol spelen bij de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheden op grond van art. 2:334t BW maar zoals we in paragraaf 5 zagen gaat het daar uiteindelijk om de verbintenissen en waarde ten tijde van splitsing; het uiteindelijke oordeel kan bij de rechter liggen.

In de beschrijving van het voorstel staan nu alleen de aandelen in de deelneming beschreven. De hergroepering van het vermogen leidt alleen tot wijzigingen in de samenstelling van de activa en passiva van de deelneming. De beschrijving waarin staat dat de aandelen van de deelneming worden afgesplitst is nog steeds juist als die aandelen ten tijde van de splitsing nog tot het vermogen behoren. De vergeten voorwerpregeling is niet van toepassing. Men zou kunnen stellen dat de samenvoeging van activa en passiva uit de interne herstructurering op het niveau van de deelneming in beginsel niet leidt tot belangrijke wijzigingen in de activa en passiva die de mededelingen in het voorstel en in de toelichting hebben beïnvloed. De wet maakt niet duidelijk welke (wijzigingen in de) activa en passiva zijn bedoeld. In ieder geval zal de verwijzing naar de activa en passiva betrekking hebben op de in de beschrijving genoemde vermogensbestanddelen, en dat zijn hier alleen de aandelen in de deelneming. De waarde van de deelneming kan door de hergroepering van de activa en passiva na het splitsingsvoorstel wel in belangrijke mate zijn gewijzigd.

We gaan ervan uit dat in het splitsingsvoorstel ook al melding is gemaakt van de hergroepering van het vermogen op het niveau van de deelneming. Als die hergroepering anders is uitgevoerd dan uit het voorstel kan worden opgemaakt en heeft geleid tot belangrijke wijzigingen ten opzichte van de meldingen in het splitsingsvoorstel, dan zal volgens ons de algemene vergadering alsnog moeten worden ingelicht (art. 2:344i lid 1 BW).

7. Samenvatting

De splitsingsbeschrijving kan pas worden opgesteld als de wijze van splitsing en het beoogde doel duidelijk zijn. Bij het maken van die keuze speelt ook de omvang van de aansprakelijkheid van art. 2:334t BW een rol. Die aansprakelijkheid kan immers op allerlei manieren worden beïnvloed. En dat kan gevolgen hebben voor de inhoud van de beschrijving. Een inventarisatie van de vermogensbestanddelen is nodig om te komen tot een nauwkeurige beschrijving. Als de beschrijving duidelijk is, zal de vergeten voorwerpregeling niet van toepassing zijn. Het voordeel hiervan is dat de hoofdelijke verbondenheid van alle verkrijgers voor schulden niet gaat spelen (ex art. 2:334s BW). De aansprakelijkheid blijft in dat geval voor de rechtspersoon die niet de deelbare verbintenissen verkrijgt beperkt tot een subsidiaire aansprakelijkheid ex art. 2:334t BW en wel tot de waarde van het door die rechtspersoon verkregen vermogen. De mate van nauwkeurigheid van de beschrijving zal afhangen van de samenstelling van het vermogen. In de beschrijving kunnen regelingen worden opgenomen voor zaaksvervanging, restbepalingen en bepalingen voor onder- en overbedeling. De inhoud van de beschrijving is van belang voor de verklaringen van de accountant. Bij het opstellen van de beschrijving kan ook rekening gehouden worden met een toedeling van vermogensbestanddelen die nog moeten worden verkregen. De overgang van die vermogensbestanddelen zal afhangen van de inhoud van de beschrijving. Als die vermogensbestanddelen worden verkregen door een deelneming die volgens de beschrijving wordt afgesplitst, zal een beschrijving van de deelneming in beginsel voldoende zijn. De vergeten voorwerpregeling is niet van toepassing op nog door de af te splitsen deelneming te verkrijgen vermogensbestanddelen. Indien en voor zover bekend kan ook in de beschrijving informatie worden gegeven over de voorgenomen wijzigingen van het vermogen binnen de deelneming. Pas als sprake is van belangrijke wijzigingen in het vermogen van de splitsende vennootschap of in dat van de deelneming zonder dat die wijzigingen al volgen uit de beschrijving, moet de algemene vergadering daarover worden ingelicht.

8. Slot

Het opstellen van een goede en duidelijke beschrijving kan tot ingewikkelde beschouwingen leiden. Omdat de beschrijving bepalend is voor de allocatie van het vermogen, is het belangrijk om daar voldoende aandacht aan te geven. Met een weloverwogen redactie en diverse aanvullende clausules kunnen de opstellers van de beschrijving tal van problemen voorkomen.