

Juridische actualiteiten

Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn en Mr. M. Verhorst

Deze rubriek signaleert ontwikkelingen in regelgeving en jurisprudentie over onderwerpen die voor accountants en bedrijfseconomen van belang zijn. De bijdragen aan deze aflevering zijn verzorgd door Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn (hoogleraar privaatrecht Open Universiteit en extern adviseur Coopers & Lybrand Legal Services) en Mr. M. Verhorst (lid redactieraad MAB voor het ondernemingsrecht).

Juridische splitsing van rechtspersonen

Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn

Juridische splitsing is een nieuwe rechtsfiguur, mogelijk gemaakt door de Wet van 24 december 1997 (Stb. 776), in werking getreden op 1 februari 1998. Nederland heeft daarmee als laatste van de EG-Lidstaten de zogeheten Derde Richtlijn betreffende de splitsing van vennootschappen in zijn wetgeving verwerkt. Hier wordt de nieuwe wet in globale lijnen geschetst.

De splitsing heeft een plaats gekregen in Titel 7 van Boek 2 BW waarin reeds de juridische fusie was opgenomen. Dat ligt voor de hand omdat het nauw verwante, zij het spiegelbeeldige rechtsfiguren betreft. Bij fusie smelten twee of meer rechtspersonen samen tot één enkele rechtspersoon. Bij splitsing gebeurt het omgekeerde, één rechtspersoon splitst zich in ten minste twee rechtspersonen. De verwantschap schuilt in de vermogensovergang onder algemene titel, de te volgen procedure en, zij het in mindere mate, de positie van de crediteuren. Ook in de opbouw van

de regeling is er gelijkenis. Evenals bij juridische fusie zijn er algemene bepalingen (artikel 2:334a-334u) gevolgd door bijzondere bepalingen voor de juridische splitsing van NV's en BV's (artikel 2:334v-334ii). In de rechtsliteratuur spreekt men over 'juridische fusie' en over 'juridische splitsing' terwijl de wet slechts de termen 'fusie' en 'splitsing' kent. Het epitheton 'juridische' dient om de wettelijk geregelde vorm van fusie en splitsing te onderscheiden van in de praktijk vanouds gebruikte fusie- en splitsingsvarianten die berusten op aandelen- en activatransacties.

De wet kent twee vormen van splitsing: zuivere splitsing en afsplitsing (artikel 2:334a). Bij de zuivere splitsing houdt de splitsende rechtspersoon op te bestaan en gaat zijn gehele vermogen over op twee of meer andere rechtspersonen, verkrijgende rechtspersonen genoemd. Bij de afsplitsing blijft de splitsende rechtspersoon bestaan en gaat zijn vermogen geheel of gedeeltelijk over op één of meer verkrijgende rechtspersonen. Binnen deze categorieën zijn weer subvarianten mogelijk, met name omdat zowel reeds bestaande als nieuw opgerichte rechtspersonen als verkrijgende partij kunnen figureren.

Splitsing kan behoudens enkele uitzonderingen uitsluitend plaatsvinden als de rechtspersonen die bij de rechtshandeling zijn betrokken, dezelfde rechtsvorm hebben (artikel 334b, eerste lid). Hoewel de splitsing zeker ook voor stichtingen en verenigingen een belangrijk instrument voor reorganisatie zal zijn, zal ik mij verder beperken tot de meest voorkomende rechtsvorm, de BV.

De *zuivere splitsing* kan men zich voorstellen aan de hand van het volgende voorbeeld. Stel X en Y, de aandeelhouders van BV A, willen overgaan tot splitsing van de vennootschap. Het

oogmerk zou bijvoorbeeld kunnen zijn om de risico's verbonden aan de activiteiten van de BV te spreiden of om een deel van de onderneming na splitsing via een aandelentransactie aan een buitenstaander te verkopen. Laten we verder aannemen dat het vermogen van BV A bij de splitsing over twee verkrijgende vennootschappen wordt verdeeld.

Door de zuivere splitsing houdt BV A op te bestaan terwijl haar vermogen overgaat op BV B en BV C. Deze beide verkrijgende BV's kunnen zowel reeds bestaande BV's zijn als bij de splitsing worden opgericht. In beide gevallen echter reiken de verkrijgende BV's aandelen uit aan de aandeelhouders van de verdwijnende BV A. Een van de hoofdregels is namelijk dat de aandeelhouders van de splitsende BV aandeelhouder worden van alle verkrijgende BV's (artikel 2:334c).

Per saldo raken X en Y door de splitsing hun aandelen A kwijt maar krijgen zij aandelen B en C daarvoor in de plaats. Tezamen representeren deze aandelen nog steeds de oorspronkelijke vermogenswaarde die nu is verdeeld over twee BV's. Doordat de ruilverhouding 'redelijk' moet zijn (artikel 2:334aa eerste lid) vinden er in beginsel geen vermogens- en zeggenschapsverschuivingen plaats tussen de aandeelhouders.

In onmin levende aandeelhouders blijven elkaar dus ook na de splitsing tegen het lijf lopen. Wensen zij definitief uit elkaar te gaan, dan dient zich een mogelijkheid aan om niet alleen de BV te splitsen maar ook het aandeelhouderschap (artikel 2:334cc). Bij deze variant, de zogenoemde 'ruziesplitsing', verkrijgt, als het om twee aandeelhouders gaat, de ene aandeelhouder slechts aandelen in BV B, de andere slechts in BV C. Ook deze complete boedelscheiding moet uiteraard 'redelijk' zijn, een toets die de wet aan de accountant overlaat.

Bij de *afsplitsing* blijft BV A - ik gebruik ook hier hetzelfde voorbeeld - bestaan. Dat is vanzelfsprekend aangezien slechts een deel van het vermogen van A wordt afgesplitst. Na de splitsing is het oorspronkelijke vermogen van A dan verdeeld over BV A, BV B en BV C. De aandeelhouders van A zien de waarde van hun aandeel A teruglopen maar krijgen dat, analoog aan de situatie bij zuivere splitsing, gecompenseerd door uitreiking van aandelen B en C. Deze variant wordt bijvoorbeeld gebruikt bij splitsing van

KPN, houdster van Telecom en Post, in twee afzonderlijk beursgenoteerde fondsen. De aandelen Post worden door KPN afgesplitst naar de nieuwe holding TNT Post Groep NV (TPG). De aandeelhouders krijgen naast ieder (certificaat van een) aandeel KPN (nu alleen nog Telecom) een nieuw (certificaat van een) aandeel TPG (Post) uitgereikt. Ook Vendex maakt bij afsplitsing van Vedior gebruik van deze constructie.

Een variant is de afsplitsing waarbij BV A blijft bestaan ondanks dat haar gehele vermogen overgaat. Dat kan alleen als gesplitst wordt over een of meer bij de splitsing opgerichte BV's bij welke gelegenheid BV A alle aandelen verkrijgt (artikel 2:334c). Dit geval vormt dus tevens een uitzondering op de eerder genoemde regel dat de bij de splitsing uit te reiken aandelen toekomen aan de aandeelhouders van BV A. Per saldo raakt BV A door een dergelijke afsplitsing bezittingen en schulden kwijt maar krijgt daarvoor in de plaats aandelen van de nieuwe BV of BV's.

Een zelfde resultaat kan overigens thans ook al worden bereikt met een 'doorzakoperatie' waarbij een BV een dochtermaatschappij opricht en ter voldoening van de stortingsplicht op de aandelen haar activa en passiva inbrengt. Splitsing is echter eenvoudiger omdat de overgang onder algemene titel plaatsvindt waardoor overdracht van afzonderlijke vermogensbestanddelen niet nodig is.

Vermeldenswaard is ten slotte dat afsplitsing ook mogelijk is bij een in surseance of faillissement verkerende splitsende rechtspersoon. Ook hierbij geldt als voorwaarde dat bij de splitsing een of meer nieuwe BV's worden opgericht waarvan de splitsende rechtspersoon alle aandelen houdt (artikel 2:334b, zesde en zevende lid). Op deze wijze kan men de gezonde en slechtlopende onderdelen van het bedrijf van een insolvente BV van elkaar scheiden, vooruitlopend op definitieve ontvlechting.

Vermogen in juridische zin omvat zowel rechten als verplichtingen. Splitsing leidt dus ook tot overgang van schulden. Ter voorkoming van aantasting van de *verhaalspositie van de crediteuren* bevat de wet verschillende voorzieningen. Zo zijn er kapitaal- en vermogensbeschermende bepalingen die strekken tot behoud van de waarde van hetgeen was bestemd als verhaalsbuffer voor de crediteuren. Dat houdt onder meer in dat bij afsplitsing de waarde van het vermogen van de

splitsende BV niet mag worden uitgehold: de waarde van het achterblijvende vermogen plus de aandelen die bij de splitsing worden verkregen, moet ten minste gelijk zijn aan het zogenoemde gebonden eigen vermogen (artikel 2:334w).

Voorts zijn er regels om te voorkomen dat delen van het vermogen van de splitsende BV aan verhaal door de crediteuren worden onttrokken. Voor de nakoming van verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon worden daarom aansprakelijk alle verkrijgende rechtspersonen en, bij afsplitsing, tevens de voortbestaande gesplitste rechtspersoon (artikel 2:334t, eerste lid). De rechtspersoon op welke de verbintenis is overgegaan, is primair aansprakelijk, de andere subsidiair.

Ten slotte kunnen crediteuren in verzet komen tegen deling van een rechtsverhouding door de splitsing of wegens het ontbreken van waarborgen voor de voldoening van schulden (artikel 2:334k en 334l).

Zoals al eerder is vermeld, komt bij splitsing de *procedure* in grote mate overeen met die voor juridische fusie. Enkele van de belangrijkste elementen zijn het splitsingsvoorstel, de openbaarmaking daarvan door nederlegging bij het handelsregister en de notariële akte. Het voorstel moet worden opgesteld door de besturen van de partijen bij de splitsing; de wet noemt talrijke onderwerpen die in het voorstel moeten worden opgenomen waaronder een concept akte van oprichting van eventueel bij de splitsing op te richten verkrijgende rechtspersonen (artikel 2:334f jo. 2:334y).

Evenals bij de juridische fusie speelt de accountant een controlerende rol. In de eerste plaats ten aanzien van de jaarrekening of tussentijdse vermogensopstelling die bij het splitsingsvoorstel moet worden gevoegd (artikel 2:334g). Daarnaast dient de accountant een verklaring af te leggen over de redelijkheid van de voorgestelde ruilverhouding van de aandelen en over de 'inbreng' op de door de verkrijgende vennootschap uitgegeven aandelen. Tenslotte dient de accountant te verklaren dat het gebonden eigen vermogen van de afsplitsende vennootschap door de afsplitsing niet wordt aangetast (artikel 2:334aa).

De notariële akte van splitsing moet worden verleden binnen zes maanden nadat de nederlegging van het splitsingsvoorstel is aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad. De splitsing wordt van kracht met ingang van de dag na die

waarop de akte is verleden (artikel 2:334n). Doordat de procedure zo sterk lijkt op die voor juridische fusie zullen vele organisaties en hun adviseurs de inmiddels daarmee opgedane ervaring kunnen benutten.

De benarde aandeelhouder

Mr. M. Verhorst

De aandeelhouder die door gedragingen van zijn mede-aandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd, kan via een vonnis van de rechter zijn mede-aandeelhouders dwingen zijn aandelen over te nemen tegen een door de rechter vast te stellen prijs (artikel 2:343 BW). Een dergelijke gedwongen overname van aandelen is aan de orde in het arrest van het Hof Amsterdam (OK) d.d. 20 november 1997 (JOR 1998, 26). De Ondernemingskamer spreekt zich ook uit over de peildatum voor de waardering van de aandelen.

Het betreft een familievennootschap. Vader en moeder hebben hun aandelen overgedragen aan hun drie zoons, opdat - aldus Rechtbank 's-Hertogenbosch - de onderneming ook na het arbeidzame leven van de ouders in stand zou blijven en opdat de drie zoons in die onderneming een gezamenlijke toekomst zouden vinden. De drie zoons, Wim, Hennie en Geert, hebben elk 1/3 van de aandelen en zijn allen directeur. Na verloop van tijd krijgen Wim en Hennie ruzie met Geert. Zij vinden Geert niet geschikt voor een leidinggevende functie en ook bij uitvoerende taken toont hij huns inziens gebrek aan inzet en verantwoordelijkheidsgevoel. Wim en Hennie roepen een algemene vergadering van aandeelhouders bijeen, waar zij als meerderheid besluiten Geert als directeur te ontslaan. Ook moet Geert zijn woning op het bedrijfsterrein ontruimen. Vader en moeder kiezen partij voor Geert en richten voor hem een nieuw bedrijf op. Volgens Wim en Hennie is daarbij weer sprake van oneerlijke concurrentie.

De familieruzie leidt tot een veelheid aan gerechtelijke procedures: Wim en Hennie vorderen Geert te veroordelen tot ontruiming van zijn woning; Geert vordert schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag en hij vordert gedwongen overname van zijn aandelen. Hier gaat het om het laatste.

De eerste vraag die de rechter dient te beantwoorden is of het ontslag van Geert *als directeur* kan worden aangemerkt als een gedraging waardoor hij in zijn belangen *als aandeelhouder* wordt geschaad. Rechtbank en Ondernemingskamer beantwoorden deze vraag bevestigend.

Gewezen wordt op de bedoelingen van de ouders bij de aandelenoverdracht aan hun zoons, het oordeel van Wim en Hennie over het gebrek aan bekwaamheden van Geert en de in vergaande mate verstoorde verhoudingen tussen de drie broers. Tegen deze achtergrond oordeelt de rechter in beide instanties dat Geert door zijn ontslag als directeur zodanig in zijn belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in de familie-BV in redelijkheid niet meer van hem kan worden geveerd, nu Geert door zijn ontslag zijn zeggenschap in de onderneming op directeursniveau volledig is ontnomen. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat Geert in de *ava* als minderheidsaandeelhouder in een benarde positie dreigt te geraken. Of Geert terecht als directeur is ontslagen doet daarbij niet terzake. Ook het geven van een terecht ontslag is een 'gedraging' in de zin van artikel 2:343. Niet is nodig dat die 'gedraging' ook als misdraging kan worden aangemerkt.

Indien de vordering tot gedwongen overname van aandelen wordt toegewezen, benoemt de rechter een of drie deskundige(n) die over de prijs van de aandelen schriftelijk bericht moet(en) uitbrengen (artikel 2:393). Nadat het deskundigenbericht is uitgebracht, bepaalt de rechter de prijs van de aandelen (artikel 2:340).

Welke *peildatum* moet bij de waardering van de aandelen worden gehanteerd? De rechtbank neemt daarvoor de datum waarop Geert zijn vordering tot gedwongen overname heeft ingesteld, de datum van de dagvaarding. De Ondernemingskamer denkt hier anders over. De deskundige zal bij de waardering van de aandelen uit moeten gaan van de feitelijke situatie op het moment van zijn optreden. De rechter zal bij zijn prijsvaststelling de waarde ten tijde van de aandelenoverdracht als maatstaf moeten nemen. Dit laatste in aansluiting bij de Hoge Raad, die eerder heeft beslist dat redelijke toepassing van artikel 2:343 zich er niet tegen verzet dat de rechter daarbij rekening houdt met omstandigheden, van invloed op de waarde van de aandelen, die zich kunnen voordoen tussen het tijdstip dat

de deskundige als peildatum heeft gehanteerd en het tijdstip waarop de aandelenoverdracht in feite zal plaatsvinden (HR 11 september 1996, JOR 1996, 114).

Stille vennoot na uittreding niet aansprakelijk

Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn

De stille vennoot in een commanditaire vennootschap is jegens de vennootschap slechts aansprakelijk ten belope van zijn inbreng. Onzeker was of hij ook na uittreding tot dat bedrag aansprakelijk bleef. De Hoge Raad legt uit dat naar Nederlands recht bij uittreding ook deze aansprakelijkheid eindigt (HR 8 mei 1998, RvdW 1998, 105C, Boterenbrood/ MeesPierson).

In een prospectus van MeesPierson wordt vermogende Nederlanders een beleggingsmogelijkheid in Canadees onroerend goed geboden. Zij kunnen als stille of commanditaire vennoot (limited partner) toetreden tot een te Toronto gevestigde commanditaire vennootschap (cv). De cv wordt beheerst door het recht van de staat Alberta.

Mevrouw Boterenbrood-Blanken is op dit aanbod ingegaan en heeft daarbij 80.000 Canadese dollars ingebracht. Na haar overlijden zegt de executeur testamentair de deelneming op. Het gestorte geld wordt conform afspraak terugbetaald, onder aftrek van kosten en vermeerderd met rente. De executeur testamentair vraagt aan MeesPierson of er na uittreden nog aansprakelijkheid blijft bestaan. MeesPierson speelt de vraag door naar Canada. Het in het Engels gestelde antwoord wordt doorgezonden naar de executeur testamentair met een begeleidend briefje dat het antwoord overeenkomt met wat MeesPierson dacht en dat het 'in zoverre dus bevredigend' is. De executeur testamentair is echter minder tevreden. Hij leest dat de stille vennoot na uittreding in beginsel voor onbepaalde tijd ten opzichte van de cv aansprakelijk blijft voor het terugontvangen bedrag plus rente voor schulden die in de periode van deelneming zijn aangegaan.

In het prospectus van MeesPierson was met betrekking tot overblijvende aansprakelijkheid na uittreding niets vermeld. Volgens de erfgenamen van mevrouw Boterenbrood is dat misleidend en

dus onrechtmatig. Zij eisen schadevergoeding. De rechtbank stelt hen in het gelijk omdat een doorsnee-belegger met genoemde aansprakelijkheid geen rekening hoeft te houden. Het prospectus is volgens de rechtbank op dit punt misleidend. In hoger beroep denkt het hof er anders over. Volgens het hof is de aansprakelijkheid van de uittreedende stille vennoot naar Canadees recht niet wezenlijk anders dan in Nederland en dus is het prospectus niet misleidend.

De erfgenamen laten zich niet uit het veld slaan en brengen de zaak voor de Hoge Raad. Terecht, zo blijkt, want de Hoge Raad laat niets heel van de beslissing van het hof. Tot dusverre, zo stelt de Hoge Raad, is de vraag of naar Nederlands recht een uittreedende stille vennoot aansprakelijk blijft, juist niet beantwoord. De wet zwijgt, de literatuur is verdeeld en de Hoge Raad zelf heeft er nog nooit een uitspraak over gedaan. Een doorsnee-belegger kan dus niet weten wat op het punt van aansprakelijkheid naar Nederlands recht gebruikelijk is. Alleen al om die reden moet het arrest van het hof worden vernietigd en terugverwezen naar een ander hof.

Gelukkig grijpt de Hoge Raad de gelegenheid aan om uit te leggen hoe het dan wél zit met de

uittreedende stille vennoot. De relevante passage luidt als volgt: *'Een commanditaire vennoot heeft, wanneer de vennootschap eindigt - of te zijnen aanzien door zijn uittrekking eindigt - aanspraak op terugbetaling van zijn inbreng, in voorkomend geval verminderd met zijn aandeel in het verlies van de vennootschap (...). Nu bij de berekening van het bedrag dat hem aldus toekomt rekening zal moeten zijn gehouden met de schuldenpositie van de vennootschap, moet worden aangenomen dat met de terugbetaling de band tussen de uitgetreden commanditaire vennoot en de vennootschap volledig is gestaakt, dat hem het uitbetaalde niet door de vennootschap kan worden teruggevorderd en dat hij ook niet jegens de vennootschap aansprakelijk is voor haar schulden (...).'*

Klare taal. Naar Nederlands recht is de stille vennoot na uittrekking ten opzichte van de vennootschap niet meer aansprakelijk voor het bedrag van zijn inbreng. Voorwaarde is dat bij de terugbetaling met de schuldenpositie van de cv rekening is gehouden. Uiteraard is de door de Hoge Raad geformuleerde regel geen vrijbrief voor terugbetaling met het oogmerk om schuldeisers te benadelen want daartegen waakt onder andere de Faillissementswet.