

De mogelijkheden en onmogelijkheden van 334t-aansprakelijkheid

*Mr. G. C. Linse**

Inleiding

Sinds vijftien jaar kent het Nederlands Burgerlijk Wetboek (BW) het instrument van splitsing.¹ Nederland volgde daarmee de andere Europese lidstaten die al eerder splitsingsregelingen hadden ingevoerd, waarbij de Zesde EG-Richtlijn² inzake het vennootschapsrecht moest worden gevolgd. Splitsing biedt de mogelijkheid om het gehele of een deel van het vermogen van een rechtspersoon over te laten gaan op één of meerdere rechtspersonen zonder dat de activa moeten worden overgedragen of passiva moeten worden overgenomen. De overgang vindt plaats onder algemene titel.³

Het instrument van splitsing wordt in de praktijk veel gebruikt, zowel bij kleine reorganisaties binnen een concern als bij meer complexe herstructureringen van beursgenoteerde vennootschappen. Een neveneffect van splitsing is dat niet alleen de splitsende rechtspersoon, maar ook verkrijgende rechtspersonen aansprakelijk blijven voor verbintenissen van de splitsende rechtspersoon ten tijde van de splitsing (art. 2:334t BW). Dit neveneffect leidt tot bescherming van crediteuren van de splitsende rechtspersoon. Door de splitsing wijzigt immers de vermogenspositie van de splitsende rechtspersoon. Doordat ook verkrijgende rechtspersonen aansprakelijk worden voor schulden van de splitsende rechtspersoon die bestonden ten tijde van de splitsing, zou de crediteur door de splitsing niet minder verhaal moeten hebben dan vóór de splitsing het geval was.

In deze bijdrage bespreek ik met name de mogelijkheden die partijen hebben om de aansprakelijkheid van *verkrijgende* rechtspersonen op grond van artikel 2:334t BW (die ik voor de leesbaarheid een 334t-aansprakelijkheid zal noemen) te beperken.

Artikel 2:334t BW

Zoals hiervoor beschreven, is de hoofdregel bij een splitsing dat de splitsende rechtspersoon aansprakelijk blijft en de verkrijgende rechtspersoon of verkrijgende rechtspersonen aansprakelijk worden voor de nakoming van verbintenissen van de splitsende rechtspersoon ten tijde van de splitsing (art. 2:334t lid 1 BW). Met andere woorden, ook al verkrijgt een rechtspersoon bij een splitsing slechts *een deel van het vermogen* van de splitsende rechtspersoon, hij verkrijgt ook een 334t-aansprakelijkheid die zich uitstrekt tot *alle verbintenissen* van de splitsende rechtspersoon. Deze hoofdregel wordt vervolgens in de overige leden van het artikel genuanceerd. Die nuance ziet zowel op het type verbintenis (art. 2:334t lid 2 en 3 BW) als op de grootte van de aansprakelijkheid (art. 2:334t lid 3 BW) en de volgorde waarin partijen kunnen worden aangesproken (art. 2:334t lid 4 BW).

Deelbare en ondeelbare verbintenissen

In artikel 2:334t BW wordt onderscheid gemaakt tussen aansprakelijkheid voor deelbare en ondeelbare verbintenissen.

Bij een splitsing wordt een verkrijgende rechtspersoon aansprakelijk voor de nakoming van ondeelbare verbintenissen van de splitsende rechtspersoon voor zover die verbintenissen bestaan ten tijde van de splitsing. Die aansprakelijkheid voor ondeelbare verbintenissen is niet beperkt in grootte, maar de verbintenissen moeten wel al bestaan ten tijde van de splitsing. Voor deelbare verbintenissen geldt ook de beperking dat de verbintenissen moeten bestaan ten tijde van de splitsing, maar daarnaast wordt de grootte van die aansprakelijkheid beperkt. Een verkrijgende rechtspersoon wordt namelijk slechts aansprakelijk voor de nakoming van deelbare verbintenissen van de splitsende rechtspersoon tot de waarde van het vermogen dat de verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing heeft verkregen (art. 2:334t lid 4 BW). Als bijvoorbeeld bij een splitsing EUR 100 naar een rechtspersoon wordt afgesplitst, wordt die rechtspersoon aansprakelijk voor de nakoming van deelbare verbintenissen van de splitsende rechtspersoon die bestonden ten tijde van de splitsing, maar is de aansprakelijkheid voor die nakoming beperkt tot EUR 100. De verkrijgende rechtspersoon wordt vanzelfsprekend onbeperkt aansprakelijk voor ver-

* Mr. G.C. Linse is advocaat bij Allen & Overy.

1. Op 1 februari 1998 werd de zogenoemde Splitsingswet van kracht.
2. Richtlijn nr. 82/891/EEG.
3. M. van Olffen, F.K. Buijn & P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, Deventer: Law & Practice Publishers 1998, p. 19 en M. van Olffen, *Juridische en niet juridische splitsing in concernverband*, in: L. Timmerman e.a. (red.), *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 16.

bintenissen die onderdeel uitmaken van het vermogen dat hij heeft verkregen bij de splitsing.

Hoewel van groot belang is het niet altijd even makkelijk om onderscheid te maken tussen deelbare en ondeelbare verbintenissen. Bij verbintenissen *om niet te doen* is het duidelijk, die zijn altijd ondeelbaar.⁴ Bij verbintenissen *om te doen* is het onderscheid soms minder duidelijk. Kenmerkend voor een deelbare verbintenis is dat zij in delen kan worden voldaan. Voor een ondeelbare verbintenis geldt dat deze niet is verricht zolang zij niet *volledig* is verricht.⁵ Een voor de hand liggend voorbeeld van een deelbare verbintenis is de verbintenis tot het voldoen van een geldschuld. Een geldschuld kan immers in delen worden voldaan. Ook de verbintenis tot leveren van soortzaken (anders dan geld) is deelbaar.⁶ Een voorbeeld van een ondeelbare verbintenis is het bouwen van een huis.⁷ Ook het onderhouden van een weg geldt als een ondeelbare verbintenis.⁸ Ondeelbare verbintenissen kunnen vaak wel door meerdere partijen in onderdelen worden nagekomen, maar de verbintenis moet uiteindelijk volledig zijn verricht. Meerdere partijen kunnen bijvoorbeeld delen van een weg onderhouden, maar als één deel van de weg niet is onderhouden, is de verbintenis om de weg te onderhouden niet nagekomen.

Toekomstige verbintenissen

De aansprakelijkheid op grond van artikel 2:334t BW ziet expliciet op de nakoming van verbintenissen die bestaan ten tijde van de splitsing. Daarmee wordt het vraagstuk over toekomstige verbintenissen relevant. Zo kunnen partijen een geldleningsovereenkomst afsluiten waarin is opgenomen dat de leningnemer op enig moment een aan hem verschaft krediet moet terugbetalen. Door het aangaan van die geldleningsovereenkomst komt een rechtsverhouding tot stand. De vraag of de verbintenis om het krediet terug te betalen een reeds bestaande of toekomstige verbintenis is, hangt af van of het krediet al is verleend. Immers, als het krediet nog niet is verleend, is er ook niets om terug te betalen. Een vordering om krediet terug te betalen dat al is verleend, is wel een tegenwoordige vordering.⁹

Het voorbeeld over verschaft krediet ligt nog redelijk voor de hand. Maar gelden te betalen huurpenningen voor het huren van een woning als een huidige of een toekomstige verbintenis? Er wordt aangenomen dat de huurpenningen die gedurende de duur van de huurovereenkomst moeten worden betaald, afhankelijk zijn van de daadwerkelijke verschaffing van het daar tegenoverstaande huurgenot. Daarmee zijn de in

de toekomst te betalen huurpenningen toekomstige verbintenissen.¹⁰ Een ander voorbeeld kan spelen bij de splitsing van een bank. De verplichting om af te lossen op een eeuwigdurende obligatie (*perpetual*) is niet op het moment van splitsing reeds opeisbaar, maar is wel een tegenwoordige verbintenis.

Ook moet onderscheid worden gemaakt tussen toekomstige verbintenissen en bestaande voorwaardelijke verbintenissen. Een vordering onder opschortende voorwaarde bestaat wel, maar heeft nog geen werking.¹¹ De werking ontstaat door het intreden van een toekomstige onzekere gebeurtenis waarvan het intreden afhankelijk is gesteld en buiten de invloedssfeer van partijen ligt.¹² Het is dus van belang dat de gebeurtenis afhankelijk is gesteld en buiten de invloedssfeer van partijen ligt en niet afhankelijk is van het handelen van één of beide partijen. Hier kom ik nader op terug.

Subsidiariteit en hoofdelijke aansprakelijkheid

Een verkrijgende rechtspersoon kan pas worden aangesproken op grond van artikel 2:334t BW indien de splitsende rechtspersoon (de werkelijke schuldenaar) tekort is geschoten in de nakoming van de betreffende verbintenis. Hierin is het subsidiaire karakter van de 334t-aansprakelijkheid neergelegd. Het subsidiaire karakter ziet op de aansprakelijkheid voor zowel deelbare als ondeelbare verbintenissen. Indien aansprakelijkheid op grond van artikel 2:334t BW inderdaad bestaat, leidt deze tot hoofdelijke verbondenheid van de verkrijgende rechtspersoon en zijn de bepalingen in de wet betreffende hoofdelijke verbondenheid van toepassing.

Gezien het subsidiaire karakter van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:334t BW meen ik dat een verbintenis tot betaling op grond van artikel 2:334t BW niet bestaat zolang de werkelijke schuldenaar niet is tekortgeschoten in de nakoming van een verbintenis. De verbintenis om de vordering jegens de schuldeiser te voldoen ontstaat pas op het moment dat de werkelijke schuldenaar tekortkomt in de nakoming ervan. Het is daarmee een toekomstige verbintenis. Op het belang hiervan kom ik nader terug.

334t-aansprakelijkheid in de praktijk

Uit het voorgaande blijkt dat zowel de samenstelling van het vermogen dat wordt afgesplitst als de samenstelling van het vermogen dat achterblijft bij de splitsende rechtspersoon goed in kaart moet worden gebracht voordat een partij de keuze maakt om te splitsen. Immers, of het deelbare of ondeelbare verbintenissen betreft en of de verbintenissen bestaan ten tijde van de splitsing bepalen de mate van aansprakelijkheid van de partijen die bij de splitsing zijn betrokken.

4. C.J.H. Brunner, G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 36 en Groene Serie Verbintenissenrecht, art. 6:6 BW, aant. 7.

5. Brunner e.a. 2011, nr. 36.

6. Groene Serie Rechtspersonen, art. 2:334t BW, aant. 4.

7. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, Deventer: Kluwer 2012, nr. 105.

8. Brunner e.a. 2011, nr. 36.

9. Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 19.

10. J.C. Out, *Bestaande en (nog) niet bestaande vorderingen*, in: Groninger Opmerkingen en Mededelingen XIX, p. 63-95. Groningen: Chimaira 2003.

11. S.C.J.J. Kortmann in zijn noot bij HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 in AA 1989, nr. 38, p. 59.

12. Ibid.

Als in een bepaalde situatie een analyse van het af te splitsen vermogen leidt tot de conclusie dat er bij een splitsing aanzienlijk risico op 334t-aansprakelijkheid is, dan zijn er mogelijk toch structuren denkbaar om dat risico te beperken.

Vrijwaring

Waarschijnlijk is het meest gebruikte instrument om comfort te geven over de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:334t BW de vrijwaring. Meestal geven de rechtspersonen die partij zijn bij een splitsing elkaar een vrijwaring voor het geval een van hen wordt aangesproken op grond van artikel 2:334t BW. Die vrijwaring dient ervoor dat in het geval een schuldeiser een vordering instelt op grond van dit artikel bij bijvoorbeeld een verkrijgende rechtspersoon, de verkrijgende rechtspersoon de schade kan verhalen op de splitsende rechtspersoon. De verkrijgende rechtspersoon doet dan een beroep op de vrijwaring die hij in het kader van de splitsing had gekregen.

Een dergelijke vrijwaring is echter niet de meest zekere bescherming die een verkrijgende rechtspersoon kan krijgen tegen een 334t-aansprakelijkheid. Een schuldeiser kan immers pas bij een verkrijgende rechtspersoon een vordering instellen op grond van artikel 2:334t BW indien de splitsende rechtspersoon in de nakoming van de verbintenis is tekortgeschoten (dit is gelegen in het subsidiariteitsbeginsel van lid 4). Een 334t-vordering van een schuldeiser zal zich daarom pas voordoen als de splitsende rechtspersoon tekortschiet jegens de schuldeiser. De kans dat de splitsende rechtspersoon dan ook in de vrijwaring tekort zal schieten jegens de verkrijgende rechtspersoon, lijkt mij aanzienlijk.

Toch is het verstandig om waar mogelijk een (wederzijdse) vrijwaring tegen aansprakelijkheid op grond van artikel 2:334t BW te eisen. Ten eerste dwingt het partijen na te denken over de 334t-problematiek. Ten tweede kan zich ook de situatie voordoen dat de werkelijke schuldenaar slechts tijdelijk in betalingsmoeilijkheden verkeert en enige tijd later alsnog de verplichtingen onder de vrijwaring kan nakomen.

Naast een vrijwaring kan een verkrijgende rechtspersoon ook vorderen van de splitsende rechtspersoon dat de splitsende rechtspersoon zich maximaal inzet om te zorgen dat de crediteuren van de splitsende rechtspersoon afstand doen van hun recht op grond van artikel 2:334t BW. Hiermee wordt de 334t-aansprakelijkheid op zich niet kleiner, maar de verkrijgende rechtspersoon kan wel verweer voeren tegen crediteuren die bij de verkrijgende vennootschap een vordering instellen op grond van dit wetsartikel. Het is overigens onwaarschijnlijk dat alle crediteuren bereid zullen zijn zo afstand te doen.

Deelbare verbintenissen

Er zijn meer mogelijkheden om de 334t-aansprakelijkheid voor verbintenissen die deelbaar zijn te beperken. Die mogelijkheden zijn met name gebaseerd op het principe dat een partij slechts aansprakelijk is voor deelbare verbintenissen ter

grootte van het vermogen dat de betreffende partij heeft verkregen of heeft behouden bij de splitsing.

Een splitsing wordt regelmatig gebruikt als structuur om bijvoorbeeld overeenkomsten over te dragen, omdat anders aan elke contractspartij moet worden gevraagd mee te werken aan overdracht. Als ook andere activa, anders dan die overeenkomsten, moeten worden overgedragen, kunnen partijen ervoor kiezen die andere activa niet mee af te splitsen, maar als activa/passiva-transactie over te dragen. Daardoor is de waarde van het vermogen dat de verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing verkrijgt, beperkt tot de waarde van de overeenkomsten en is de grootte van de 334t-aansprakelijkheid voor deelbare verbintenissen beperkt tot die lagere waarde.

Een andere mogelijkheid is om het vermogen op meer kunstmatige wijze laag te houden. Stel dat Holding BV bepaalde activa van Dochter BV aan Koper BV wil verkopen. Partijen willen daarbij de splitsingsstructuur gebruiken. Koper BV wil de mogelijke aansprakelijkheid voor deelbare verbintenissen op grond van artikel 2:334t BW zo veel mogelijk beperken. De transactie wordt als volgt gestructureerd.

Holding BV geeft een lening aan Dochter BV ter grootte van de waarde van het vermogen van de te verkopen activa en maakt het leningsbedrag over aan Dochter BV. Hierdoor ontstaat een schuld van Dochter BV aan Holding BV. Dochter BV splitst aan Newco BV af: (1) de te verkopen activa, (2) de schuld die Dochter BV heeft aan Holding BV en (3) een cashbedrag van bijvoorbeeld € 1.¹³ Het leningsbedrag zelf wordt niet mee afgesplitst. De waarde van het vermogen dat zo wordt afgesplitst, is hierdoor in totaal gelijk aan € 1. Tussen Holding BV en Koper BV wordt afgesproken dat de koopprijs voor de aandelen in de verkrijgende vennootschap die Koper BV moet voldoen gelijk is aan € 1. Zij spreken ook af dat Koper BV direct op het moment van leveren de schuld die Newco BV heeft aan Holding BV, aan Holding BV voldoet. Resultaat hiervan is dat Holding BV de waarde van de activa plus € 1 van Koper BV ontvangt, de te verkopen activa door middel van de levering van aandelen aan Koper BV zijn overgedragen en Koper BV een vordering overhoudt op Newco BV (haar eigen dochtervennootschap) ter grootte van de waarde van het vermogen.

Door bovenstaande structuur te gebruiken is de waarde van het vermogen dat de verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing verkrijgt gelijk aan € 1. De aansprakelijkheid van die rechtspersoon voor deelbare verbintenissen op grond van artikel 2:334t BW is dan ook beperkt tot € 1.

Alternatieve structuur

Een andere mogelijkheid om risico's voor een 334t-aansprakelijkheid bij een verkrijgende vennootschap te beperken, is wederom het best te beschrijven aan de hand van een voor-

13. Aangenomen wordt dat afsplitsing van vermogen met een waarde van nul niet mogelijk is.

beeld. BVA splitst vermogen af naar BVB. BVB splitst vervolgens datzelfde vermogen nogmaals af naar BVC. BVC wordt verkocht aan een derde. Hoe ver reikt de 334t-aansprakelijkheid van BVC na deze splitsingen?

BVB verkrijgt een 334t-aansprakelijkheid bij de splitsing van BVA naar BVB (de eerste splitsing). Die aansprakelijkheid strekt zich uit tot alle deelbare en ondeelbare verbintenissen van BVA op het moment van de eerste splitsing.¹⁴ Bij de splitsing van BVB naar BVC (de tweede splitsing) ontstaat een 334t-aansprakelijkheid bij BVC. Die aansprakelijkheid strekt zich uit tot alle deelbare en ondeelbare verbintenissen van BVB op het moment van de *tweede* splitsing. De vraag is nu of de 334t-aansprakelijkheid van BVB die is ontstaan bij de eerste splitsing geldt als een verbintenis die bestaat ten tijde van de tweede splitsing. Indien het antwoord op deze vraag negatief is, dan blijft bij BVC na deze dubbele splitsing slechts een inhoudsloze 334t-aansprakelijkheid over. Immers, die 334t-aansprakelijkheid strekt tot verbintenissen die onderdeel zijn van het vermogen dat BVC ook daadwerkelijk heeft verkregen. BVB blijft achter zonder vermogen (met uitzondering van de 334t-aansprakelijkheid die ziet op de eerste splitsing). BVB behoudt een 334t-aansprakelijkheid die zich verder uitstrekt, te weten tot alle verbintenissen van BVA ten tijde van de eerste splitsing. Maar dat is voor BVA geen probleem, het is een dochtervennootschap die hoofdelijk is verbonden voor de schulden van de moeder. BVA kan nog overwegen BVB vervolgens weg te fuseren in BVA, waardoor de 334t-aansprakelijkheid van BVB in het geheel niet meer relevant is.

Geldt de 334t-aansprakelijkheid van BVB die is ontstaan bij de eerste splitsing als een verbintenis die bestaat ten tijde van de tweede splitsing? Dit hangt af van de vraag of die 334t-aansprakelijkheid een verbintenis inhoudt die reeds bestaat ten tijde van de tweede splitsing. Ik meen dat dat niet het geval is vanwege het subsidiaire karakter van de 334t-aansprakelijkheid, zoals ik hierboven ook beschreef. Immers, een derde kan pas een vordering op grond van artikel 2:334t BW instellen wanneer de oorspronkelijke schuldenaar in de nakoming van de verbintenis is tekortgeschoten. Met andere woorden, de 334t-aansprakelijkheid zou moeten kunnen worden beperkt door twee opeenvolgende splitsingen uit te voeren. Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat deze structuur in bepaalde gevallen onrechtmatig of paulianeus kan zijn.

Conclusie

334t-aansprakelijkheid wordt terecht door partijen als risico gezien bij splitsingen. Toch besteden partijen niet altijd voldoende tijd aan het onderzoeken of dit risico kan worden beperkt. Dat partijen deze aansprakelijkheid niet altijd goed op het netvlies hebben, blijkt wel uit het feit dat vaak van het instrument splitsing gebruik wordt gemaakt, maar deze aan-

sprakelijkheid zelden in de toelichting op de balans wordt aangehaald als een niet uit de balans blijvende verplichting.

In deze bijdrage heb ik een aantal mogelijkheden besproken om 334t-aansprakelijkheid voor verkrijgende rechtspersonen te beperken. Niet alle structuren zullen in elke situatie bruikbaar zijn, maar een kritische of soms creatieve benadering van voorgestelde transactiestructuren is vaak de moeite waard, zeker als het alternatief een splitsing is waarbij slechts een vrijwaring tegen dit risico wordt gegeven.

14. Welke aansprakelijkheid wordt beperkt door de grootte van het afgesplitste vermogen voor zover de aansprakelijkheid op deelbare verbintenissen ziet.