



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Pluraliteit van werkgeverschap

Zwemmer, J.P.H.

Publication date
2012

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2012). *Pluraliteit van werkgeverschap*. [, Universiteit van Amsterdam].

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

7

Werkgeverschap en fusie en splitsing

7.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk kwam aan de orde dat de werknemer in Boek 2 BW, als schuldeiser en contractspartij van een groepsmaatschappij, met medeaansprakelijkheid van de moedermaatschappij wordt beschermd tegen eventuele nadelige gevolgen van het door de groepsmaatschappij gebruik maken van een groepsvrijstelling. Van een dergelijke vennootschapsrechtelijke pluraliteit van aansprakelijkheid op grond van Boek 2 BW is eveneens sprake bij fusie of splitsing. De grond hiervoor vormt dan niet het verminderde inzicht in de financiële positie van de groepsmaatschappij, maar de omstandigheid dat schuldeisers en contractspartijen van een bij een fusie of splitsing betrokken wederpartij, zonder dat zij daarop invloed kunnen uitoefenen, te maken krijgen met een wederpartij met een ingrijpend gewijzigde vermogenspositie.

In artikel 2:308 BW wordt aan naar Nederlands recht opgerichte (formele) verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, stichtingen, NV's en BV's de mogelijkheid gegeven een structuurwijziging door te voeren met behulp van de in Titel 7 Boek 2 BW geregelde procedures van juridische fusie en splitsing.¹ Het resultaat van juridische fusie is precies het tegenovergestelde van dat van juridische splitsing. Waar bij juridische fusie de vermogens van twee of meer rechtspersonen onder algemene titel samensmelten, gaat bij een juridische (af)splitsing (het) vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel over op één of meer andere rechtspersonen. Als gevolg van de juridische fusie gaat de rechtspersoon waarmee de werknemer de arbeidsovereenkomst aanging op in een nieuwe of andere bestaande rechtspersoon. Bij juridische (af)splitsing gaat (een deel van) het vermogen van de rechtspersoon waarmee de werknemer de arbeidsovereenkomst aanging over op één of meer andere nieuwe of bestaande rechtspersonen dan wel gaat vermogen van een andere rechtspersoon over op de rechtspersoon waarmee de werknemer de arbeidsovereenkomst is aangegaan.

¹ Daarnaast biedt artikel 2:18 BW de mogelijkheid tot omzetting van een rechtspersoon in een andere rechtspersoon en kan ook de ontbinding van een rechtspersoon ex artikel 2:19 BW als een structuurwijzigingsmogelijkheid worden beschouwd. Nu bij de ontbinding de rechtspersoon ophoudt te bestaan en slechts één rechtspersoon is betrokken en bij omzetting de rechtspersoon blijft voortbestaan – artikel 2:18 lid 8 BW – en uitsluitend de rechtsvorm van de rechtspersoon verandert, laat ik deze structuurwijzigingsmogelijkheden buiten beschouwing.

De bescherming van de werknemer bij overgang van onderneming is in artikel 7:662 lid 2 sub a BW eveneens van toepassing verklaard op een overgang ten gevolge van een fusie of een splitsing. De bescherming van de werknemer bij overgang van onderneming op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW en regelingen van juridische fusie en splitsing sluiten elkaar niet uit en zijn in beginsel naast elkaar van toepassing op de overgang van de arbeidsovereenkomst van de werknemer. De arbeidsovereenkomst van de werknemer met een werkgever die fuseert of zichzelf splitst, kan dus zowel onder algemene titel overgaan op grond van de fusie- of splitsingsregeling² als van rechtswege overgaan op grond van overgang van onderneming (artikel 7:663 BW). Hoewel de arbeidsovereenkomst op basis van beide regelingen automatisch overgaat, zonder dat daarover overeenstemming hoeft te worden bereikt met de werknemer, bieden beide regelingen verschillende waarborgen aan de werknemer van de bij de fusie of (af)splitsing betrokken rechtspersonen fusierende of splitsende rechtspersoon. In dit hoofdstuk bespreek ik de bepalingen uit de in Titel 7 van Boek 2 BW opgenomen fusie- en splitsingsregeling waarin de belangen van schuldeisers en contractspartijen van de fusierende en splitsende rechtspersonen worden beschermd en komt aan de orde op welke wijze de werknemer als schuldeiser of contractspartij van de bij de fusie, of (af)splitsing betrokken rechtspersonen gebruik kan maken van deze bepalingen. Tevens komt aan de orde op welke wijze deze schuldeisersbeschermingsbepalingen uit de fusie- en splitsingsregeling zich verhouden tot de eveneens op de juridische fusie en splitsing van toepassing zijnde bepalingen betreffende de bescherming van de werknemer bij overgang van onderneming.

7.2 Fusie

Onder fusie als economisch begrip wordt verstaan de samenvoeging van ondernemingen zodat zij in economisch opzicht een geheel gaan vormen.³ Juridische fusie is een enger begrip en houdt de volledige juridische samensmelting van de vermogens in van twee of meer rechtspersonen door middel van een vermogensovergang onder algemene titel waarbij de verkrijger van het vermogen één van de fusierende rechtspersonen, of een (door de fusierende rechtspersonen opgerichte) nieuwe rechtspersoon kan zijn. In het economische spraakgebruik worden nog twee andere methoden onderscheiden waarmee (het) vermogen van twee of meer rechtspersonen of vennootschappen⁴ wordt samengevoegd dan wel onder één centrale leiding wordt gebracht. Dit zijn de aandelenfusie en de bedrijfsfusie.⁵ Bij de aandelenfusie komen de aandelen in de rechtspersoon in handen van een andere rechtspersoon, of worden de aandelen in twee of meer rechtspersonen overgenomen door een door die rechtspersonen gezamenlijk opgerichte rechtspersoon die dan als gemeenschappelijke

2 Vgl. M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen in *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.), Fusie en splitsing, artikel 2:309 BW, aantekening 7 onder c.

3 P. van Schilfgaarde en J. W. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 388.

4 Ook personenvennootschappen kunnen in economische zin fuseren.

5 Daarnaast kent het fiscale recht nog de fiscale fusie in de vorm van de fiscale eenheid ex artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

holding of moedermaatschappij gaat fungeren.⁶ Bij de bedrijfsfusie neemt de ene partij de gehele of een deel van de ondernemingsactiviteit van de andere partij over.⁷ Deze overname geschiedt door middel van een activa/passiva-transactie waarbij de activa en de passiva op de voor elk van deze activa en passiva voorgeschreven wijze moeten worden overgedragen aan de overnemende partij. De juridische fusie onderscheidt zich van deze twee methoden omdat hierbij sprake is van een vermogensovergang onder algemene titel die bij notariële akte tot stand komt. Anders dan het geval is bij de bedrijfsfusie is bij juridische fusie dus geen sprake van het onder bijzondere titel overdragen van activa en passiva met inachtneming van de voor elk van deze vermogensbestanddelen geldende leveringsformaliteiten. De vermogensovergang onder algemene titel is alomvattend. Ook arbeidsovereenkomsten en de daaruit voortvloeiende verplichtingen behoren tot het vermogen van de fuserende rechtspersoon. Op grond van artikel 3:116 BW volgt hij, die een ander onder algemene titel opvolgt, die ander op in diens bezit en houderschap met alle hoedanigheden en gebreken daarvan. Alle tot het overgaande vermogen behorende rechten en plichten gaan over en de verkrijger continueert in feite de rechtspositie van de overdrager. De overgang onder algemene titel houdt tevens in dat de regels van schuld- en contractsovername uit Boek 6 BW⁸ niet van toepassing zijn en dus geen medewerking van schuldeisers, contractspartijen en andere derden nodig is.

7.2.1 Juridische fusie

De fusieregeling trad in werking op 1 januari 1984⁹ en is gebaseerd op de Derde EEG-richtlijn.¹⁰ Volgens artikel 2:309 BW is de juridische fusie (hierna: fusie) de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij één van deze het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt of waarbij een door hen nieuw op te richten rechtspersoon hun vermogen onder algemene titel verkrijgt. Bij de fusie zijn dus altijd ten minste twee rechtspersonen betrokken. Met uitzondering van de verkrijgende rechtspersoon houden de fuserende rechtspersonen op het moment van de fusie op te bestaan.¹¹ De leden of aandeelhouders van de als gevolg van een fusie verdwijnende

6 De aandelenfusie heeft geen directe gevolgen voor schuldeisers en contractspartijen nu hierbij alleen de aandelen – zeggenschap – binnen de rechtspersoon in andere handen komt en de rechtspersoon dus dezelfde blijft. Dat kan anders zijn wanneer de rechtspersoon als gevolg van de aandelenfusie ophoudt deel uit te maken van de groep en binnen de groep gebruik werd gemaakt van de 403-jaarrekeningvrijstelling. Deze situatie komt aan de orde in paragraaf 7.4. De gevolgen van het einde van het groepslidmaatschap van de groepsmaatschappij door een aandelenoverdracht voor de bij haar door de personeels-BV gedetacheerde werknemers heb ik besproken in paragraaf 5.11.

7 De gevolgen voor het werkgeverschap van de bedrijfsfusie stonden centraal in hoofdstuk 5.

8 Artikel 6:155 tot en met 6:159 BW.

9 Wet van 19 januari 1983, Stb. 1983/59.

10 Richtlijn 78/855/EEG van 9 oktober 1978. Deze richtlijn heeft uitsluitend betrekking op naamloze vennootschappen, maar de in 1984 in werking getreden fusieregeling in Boek 2 BW geldt eveneens voor besloten vennootschappen. Bij wet van 21 april 1987 (Stb. 1987/209) werd de werkingssfeer van de fusieregeling in Boek 2 BW uitgebreid tot verenigingen en stichtingen. Zie over de totstandkomingsgeschiedenis van de fusieregeling: M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen, *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.), Fusie en splitsing, artikel 2:308 BW, aantekening 2.

11 Artikel 2:311 lid 1 BW. Na de fusie blijft dus geen zogenaamde lege vennootschap achter die pas wordt ontbonden als overeenkomstig artikel 2:19 BW vereffening heeft plaatsgevonden.

rechtsperso(n)en worden in beginsel¹² lid of aandeelhouder in de verkrijgende rechtspersoon¹³ of, wanneer de verkrijgende rechtspersoon onderdeel is van een groep, in een groepsmaatschappij.¹⁴ In beginsel¹⁵ kunnen alleen rechtspersonen die dezelfde rechtsvorm hebben, fuseren¹⁶ en moet, indien het vermogen overgaat naar een nieuw opgerichte rechtspersoon, de nieuw opgerichte verkrijgende rechtspersoon dezelfde rechtsvorm hebben als de als gevolg van de fusie verdwijnende rechtspersonen.¹⁷ De overgang onder algemene titel bij fusie brengt mee dat enkel door het passeren van de notariële akte van fusie de overdracht van zowel activa als passiva wordt bewerkstelligd.

De kern van de fusieprocedure vormt het fusievoorstel dat op grond van artikel 2:312 lid 1 BW door de besturen van de fuserende rechtspersonen moet worden opgesteld. Dit voorstel vormt de basis van het besluit tot fusie en voor de notariële akte van fusie.¹⁸ In het fusievoorstel moet de in artikel 2:312 lid 2 BW en artikel 2:326 BW genoemde informatie zijn opgenomen. Hierin moet onder andere worden vermeld welke voornemens bestaan omtrent het voortzetten of beëindigen van werkzaamheden van de fuserende rechtspersonen na de fusie.¹⁹ Doordat de fuserende rechtspersonen op grond van artikel 2:314 lid 3 BW verplicht zijn in een landelijk verspreid dagblad aan te kondigen dat onder meer het fusievoorstel bij het handelsregister is gedeponeerd (of elektronisch toegankelijk is), kunnen schuldeisers en contractspartijen van de fuserende rechtspersonen kennis nemen van de voorgenomen fusie van hun wederpartijen. Voorts dient het bestuur van elke fuserende rechtspersoon in een schriftelijke toelichting, die wordt opgesteld ten behoeve van de leden of aandeelhouders,²⁰ een uiteenzetting te geven over de verwachte gevolgen voor de werkzaamheden van de rechtspersoon alsmede een toelichting uit juridisch, economisch

12 Hierop bestaan enkele uitzonderingen. Op grond van artikel 2:311 lid 2 BW heeft de aandeelhouder van een verdwijnende rechtspersoon geen recht op een aandeel in de verkrijgende rechtspersoon wanneer krachtens de ruilverhouding van de aandelen zelfs geen recht bestaat op een enkel aandeel. Voorts komen op grond van 2:325 lid 4 BW eigen aandelen in de verdwijnende rechtspersonen te vervallen. Daarvan is bijvoorbeeld sprake bij een fusie van groepsmaatschappijen in de zin van artikel 2:333 lid 1 en 2 BW. Ten slotte noem ik de fusie tussen verschillende rechtsvormen van artikel 2:310 lid 4 BW waarbij geen nieuwe aandelen worden gecreëerd.

13 Artikel 2:311 lid 2 BW.

14 Wanneer een groepsmaatschappij alleen of samen met een andere groepsmaatschappij het gehele geplaatste kapitaal van de verkrijgende rechtspersoon verschaft, voorziet artikel 2:333a BW in de mogelijkheid de aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon aandeelhouder in een andere groepsmaatschappij – bijvoorbeeld de moedermaatschappij – te laten worden (driehoekfusie).

15 Op grond van artikel 2:310 lid 4 BW kan een verkrijgende vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting ook fuseren met een NV of BV waarvan zij alle aandelen houdt en kan een verkrijgende stichting, NV of BV ook fuseren met een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij waarvan zij het enige lid is.

16 Artikel 2:310 lid 1 BW.

17 Artikel 2:310 lid 2 BW.

18 Artikel 2:317 lid 1 BW en artikel 2:318 BW.

19 Artikel 2:312 lid 2 sub h BW.

20 Alsmede ten behoeve van hen die een bijzonder recht hebben jegens de betrokken rechtspersoon en bij de NV en de BV eveneens ten behoeve van de houders van de met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen.

en sociaal oogpunt.²¹ In de toelichting uit juridisch oogpunt zal worden vermeld waarom is gekozen voor de juridische fusie en niet voor een andere vorm van samenvoeging of samenwerking met de andere fusiepartij(en).²² In de toelichting uit economisch oogpunt zullen de met de juridische fusie beoogde resultaten en synergievoordelen worden toegelicht en kan tevens worden vermeld wat de financiële consequenties zijn van het samengaan met de andere fusiepartij(en). Bij de inhoud van de toelichting uit sociaal oogpunt kan gedacht worden aan een beschrijving van de consequenties die de fusie heeft voor de werknemers van de rechtspersoon. Deze toelichting hoeft – anders dan het fusievoorstel zelf – niet bij het handelsregister te worden gedeponeerd.²³ Wanneer de leden of aandeelhouders van de fuserende rechtspersonen daarmee instemmen, kan het opstellen van deze toelichting zelfs helemaal achterwege blijven.²⁴

7.2.2 Zekerheid of waarborg voor schuldeisers van de fuserende rechtspersonen

De vermogensovergang onder algemene titel bij juridische fusie heeft als gevolg dat alle schulden van de verdwijnende fusiepartij(en) en alle overeenkomsten en andere rechtshandelingen waarbij de verdwijnende fusiepartij(en) partij is (zijn) automatisch overgaan op de verkrijgende fusiepartij.²⁵ De schuldeisers en contractspartijen krijgen, zonder dat zij daarop enige invloed uit kunnen oefenen, te maken met een andere rechtspersoon als wederpartij. Dat kan nadelige gevolgen hebben. Zo kunnen één of meer van de rechtspersonen waarmee gefuseerd wordt veel slechter bij kas zitten waardoor de verkrijgende fusiepartij minder verhaal zal bieden dan de als gevolg van de fusie verdwenen wederpartij.²⁶ In de regeling van de juridische fusie is rekening gehouden met dergelijke nadelige gevolgen van de fusie voor de belangen van schuldeisers van de fuserende rechtspersonen.²⁷ Artikel 2:316 lid 1 BW bepaalt dat iedere schuldeiser van de fuserende rechtspersonen kan verlangen dat “ten minste een van de te fuseren rechtspersonen” zekerheid stelt of

21 Artikel 2:313 lid 1 BW.

22 Vgl. M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen, *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.), Fusie en splitsing, artikel 2:313 BW, aantekening 2 onder b.

23 Artikel 2:314 lid 2 BW.

24 Artikel 2:313 lid 4 BW.

25 Een uitzondering hierop vormen de bijzondere rechten – anders dan die van lid of aandeelhouder – jegens de verdwijnende rechtspersoon die niet voor overgang vatbaar zijn. Artikel 2:320 BW bepaalt dat de houders van deze bijzondere rechten een gelijkwaardig recht in de verkrijgende rechtspersoon of een schadeloosstelling krijgen. Als voorbeelden van dergelijke bijzondere rechten worden in artikel 2:320 lid 1 BW genoemd een recht op een uitkering van winst en het recht tot het nemen van aandelen. Uit de memorie van toelichting volgt dat het gaat om bijzondere rechten van personen die anders dan bestuurder, commissaris, werknemer of aandeelhouder nauw bij de rechtspersoon zijn betrokken (Kamerstukken II 1980/81, 16 453, nr. 3-4, p. 13).

26 Overigens sluit artikel 2:310 lid 6 BW een fusie met een rechtspersoon die surseance van betaling heeft aangevraagd, of in staat van faillissement verkeert, uit.

27 Ten aanzien van de bescherming van schuldeisers werd in de Derde EEG-richtlijn gesteld dat deze passend moest zijn en ten minste moest inhouden dat passende waarborgen werden geboden wanneer de financiële toestand van de vennootschappen die de fusie aangaan deze bescherming nodig maakte en de schuldeisers niet reeds over dergelijke waarborgen beschikten. Zie M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers: een rechtsvergelijkend onderzoek naar juridische fusie splitsing en omzetting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 56.

een andere waarborg geeft voor de voldoening van zijn vordering. Een dergelijke waarborg of zekerheidstelling moet voorafgaand aan de fusie worden gevraagd door de schuldeiser. Wordt deze geweigerd, dan kan de schuldeiser tot een maand nadat alle fuserende rechtspersonen in een landelijk verspreid dagblad de deponering van het fusievoorstel hebben aangekondigd door middel van een verzoekschrift aan de rechtbank in verzet komen tegen het voorstel tot fusie met vermelding van de waarborg die wordt verlangd. De rechtbank wijst het verzoek toe indien de schuldeiser aannemelijk heeft gemaakt dat de vermogenstoestand van de verkrijgende fusiepartij na de fusie minder waarborg zal bieden en door hem niet voldoende waarborgen zijn verkregen.²⁸

Hoewel dit niet direct blijkt uit de tekst van artikel 2:316 lid 1 BW wordt algemeen aangenomen dat de schuldeiser van de verdwijnende rechtspersoon de waarborg kan verlangen van zijn als gevolg van de fusie verdwijnende debiteur én van de verkrijgende rechtspersoon en dus niet van andere als gevolg van de fusie verdwijnende rechtspersonen.²⁹ Dat betekent dat wanneer de bij de fusie verdwijnende debiteur zal opgaan in een bij de fusie nieuw op te richten verkrijgende rechtspersoon, de schuldeiser de waarborg uitsluitend van zijn verdwijnende debiteur kan verlangen. De schuldeiser van de ten tijde van de fusie reeds bestaande verkrijgende rechtspersoon kan de waarborg uitsluitend van zijn debiteur verlangen. Weigert de daartoe op grond van artikel 2:316 lid 1 BW gehouden fusiepartij de waarborg te verlenen dan geeft artikel 2:316 lid 2 BW de schuldeiser het recht in verzet te komen tegen de fusie. Dit verzetsrecht geldt tot een maand na voormelde aankondiging van de deponering van het voorstel tot fusie in een landelijk dagblad. Het verzet van de schuldeiser geschiedt door indiening van een verzoekschrift bij de bevoegde rechtbank waarin de door de schuldeiser verlangde waarborg wordt vermeld. In het verzoekschrift moet de schuldeiser op straffe van ongegrondverklaring van het verzet aannemelijk maken dat de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon na de fusie minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan en dat daartoe onvoldoende waarborgen zijn verkregen. Omdat de notariële akte van fusie niet mag worden verleden voordat het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard,³⁰ vormt dit verzetsrecht voor de schuldeiser een effectief pressiemiddel om de gewenste zekerheid of waarborg van de te fuseren partijen los te krijgen. Voor de bepaling van de vorm van die waarborg of zekerheid vormt het verzoek van de schuldeiser het uitgangspunt.³¹ Alle wijzen van zekerheidstelling komen daarbij in aanmerking, bijvoorbeeld in de vorm van een hypotheekrecht op activa van de oorspronkelijke debiteur,³² of in de vorm dat een derde zich borg stelt voor de fuserende rechtspersoon of anderszins de nakoming door deze van diens verplichtingen garandeert dan wel ten behoeve van de

28 Artikel 2:316 lid 2 jo. 314 lid 3 BW.

29 Zie M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen, *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.), Fusie en splitsing, artikel 2:316 BW, aantekening 2B onder b.

30 Artikel 2:316 lid 4 BW.

31 Zoals volgt uit artikel 2:316 lid 2 BW.

32 Zie A.F.A. Leijten, *Procederen over fusies en splitsingen: voldoende rechtsbescherming?*, in: *Geschriften vanwege de vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, p. 315.

schuldeiser derden-hypotheek of –pand vestigt.³³ Tevens kunnen inhoudelijke wijzigingen van de voorwaarden betreffende het voldoen van de vordering van de schuldeiser worden overeengekomen.

Uit de tekst van artikel 2:316 BW volgt dat zekerheid dient te worden gesteld of een waarborg dient te worden gegeven voor op het tijdstip van fusie bestaande vorderingen. Artikel 2:316 BW is gebaseerd op artikel 13 van de Derde EEG-richtlijn waarin werd opgenomen dat de belangen van schuldeisers wier vorderingen voor de openbaarmaking van het fusievoorstel zijn ontstaan en ten tijde van die openbaarmaking nog niet opeisbaar zijn op passende wijze beschermd moeten worden in de wetgevingen van de lidstaten. Met Verbrugh³⁴ meen ik dat op grond van de beschermingsgedachte uit de Derde EEG-richtlijn, en gelet op het feit dat het voor schuldeisers met een bestaande rechtsverhouding vooral zal gaan om de veiligstelling van toekomstige vorderingen, ook in verzet kan worden gekomen wanneer een zekerheidstelling of waarborg voor toekomstige vorderingen uit bestaande rechtsverhoudingen ontbreekt.³⁵ Contractspartijen van de fuserende rechtspersonen kunnen dan voor zowel de op het moment van fusie reeds bestaande als de na dat moment uit hun rechtsverhouding met de fuserende partij voortvloeiende vorderingen een zekerheidstelling of waarborg verlangen.³⁶ Welke zekerheid of waarborg contractspartijen ter zake van hun toekomstige vorderingen zouden kunnen verlangen, hangt af van de feitelijke omstandigheden. In dat kader speelt naar mijn mening een belangrijke rol dat tegenover dergelijke toekomstige vorderingen veelal nog toekomstige verplichtingen van deze contractspartijen zullen staan.

7.2.3 *Wijziging of ontbinding van rechtsverhoudingen naar aanleiding van de fusie*

Op grond van artikel 2:322 lid 1 BW kan de rechter een overeenkomst met de fuserende rechtspersoon op vordering van een der partijen bij die overeenkomst wijzigen of ontbinden indien de overeenkomst ten gevolge van de fusie naar maatstaven van

33 Zie M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen in *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.), Fusie en splitsing, artikel 2:316 BW, aantekening 2B onder f.

34 M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar juridische fusie, splitsing en omzetting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 66/67.

35 De Rechtbank Arnhem en de Ondernemingskamer oordeelden in hun hierna in paragraaf 7.3.4 besproken uitspraken naar aanleiding van door schuldeisers ingesteld verzet tegen de voorgenomen splitsing van hun debiteur dat ook voor toekomstige vorderingen verzet kan worden ingesteld (Rb. Arnhem 1 juni 1999, JOR 1999/173 m.nt. Van Luyn en OK 18 november 1999, JOR 1999/254 m.nt. Van Luyn).

36 Uit de schaarse jurisprudentie waarin de toepassing van artikel 2:316 BW centraal stond, volgt slechts dat een borg geen schuldeiser is in de zin van artikel 2:316 BW omdat deze slechts een contractuele relatie heeft met de schuldeiser en niet een rechtstreeks vorderingsrecht heeft jegens de (fuserende) debiteur (Rb. Maastricht 22 december 1995, JOR 1996/14) en dat het feit dat het doel en de activiteiten van een organisatie overeenstemmen met de bestemming die aan liquidatiesaldi van de verdwijnende fuserende rechtspersoon moet worden gegeven, niet betekent dat deze organisatie kan worden aangemerkt als schuldeiser van de fuserende rechtspersoon (Rb. Amsterdam 17 januari 2005, JOR 2005/113, bevestigd door Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2005, JOR 2005/243).

redelijkheid en billijkheid niet in stand kan blijven. De rechter kan aan een dergelijke wijziging of ontbinding terugwerkende kracht verlenen. De vordering tot wijziging of ontbinding van de overeenkomst kan tot zes maanden na de deponering van de notariële akte van fusie worden ingesteld.³⁷ Indien uit de wijziging of ontbinding van de overeenkomst met de fuserende rechtspersoon schade ontstaat voor de wederpartij is deze gehouden tot vergoeding daarvan.³⁸

Artikel 2:322 BW vormt een specialis van de *imprévision*-regeling van artikel 6:258 BW. In tegenstelling tot artikel 2:322 BW bevat artikel 6:258 BW echter geen vervaltermijn voor het instellen van de vordering. Ik meen dat artikel 2:322 BW ten aanzien van de fusie als onvoorziene omstandigheid deroegerd aan artikel 6:258 BW.³⁹ Op zich blijft artikel 6:258 BW dus wel van toepassing, maar met dien verstande dat in de 6:258-procedure de juridische fusie niet meer als onvoorziene omstandigheid kan worden aangemerkt.⁴⁰ In het stelsel van de wet wordt namelijk beoogd dat uiterlijk binnen zes maanden na de fusie – de duur van de vervaltermijn van artikel 2:322 BW – zekerheid bestaat over de vraag of de fusie als zodanig aanleiding vormt voor het wijzigen of ontbinden van de overeenkomst.⁴¹ In artikel 2:322 BW ontbreekt de in het tweede lid van artikel 6:258 BW opgenomen beperking dat geen wijziging of ontbinding wordt uitgesproken als de omstandigheden voor rekening komen van degene die zich erop beroept. Ook de fuserende rechtspersoon zou zich dus kunnen beroepen op artikel 2:322 BW. Artikel 2:322 lid 3 BW bepaalt dat wanneer de wijziging of ontbinding van de overeenkomst leidt tot schade voor de wederpartij, “de rechtspersoon” – fusiepartij – gehouden is tot vergoeding van deze schade. Alleen de (verkrijgende) fusiepartij kan dus op grond van deze bepaling worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan de wederpartij.⁴²

Als voorbeeld van een situatie waarin een overeenkomst als gevolg van de fusie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet in stand kan blijven, werd in de memorie van toelichting bij de fusieregeling de situatie genoemd waarin twee van de

37 Artikel 2:322 lid 2 BW. Zie ook artikel 2:318 lid 3 BW.

38 Artikel 2:322 lid 3 BW.

39 Zo ook Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (1997), nr. 170o.

40 M.A. Verbrugh merkt daarbij overigens op dat een beroep op artikel 6:258 BW niet snel zal worden gehonoreerd nu de redelijkheid en billijkheid slechts bij hoge uitzondering een afwijking op het gegeven woord toelaten en dit derhalve, naast het risico dat een rechter zal oordelen dat een beroep op 6:258 BW in verband met de fusie niet mogelijk is, niet snel zal slagen. M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar juridische fusie, splitsing en omzetting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 115.

41 Vgl. M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen, *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.), Fusie en splitsing, artikel 2:322 BW, aantekening 2 onder f.

42 Zie M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar juridische fusie, splitsing en omzetting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 113. Zie anders: Raaijmakers en Van der Sangen die betogen dat hoewel alleen de “rechtspersoon” – de fusiepartij – op grond van deze bepaling gehouden is tot betaling van schadevergoeding, de strekking van de wet meebrengt dat wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven de fusiepartij ook omgekeerd schadevergoeding van de wederpartij kan vorderen. M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen, *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.), Fusie en splitsing, artikel 2:322 BW, aantekening 2 onder c.

bij de fusie betrokken vennootschappen marktverdelingsafspraken hebben met dezelfde fabrikant voor een bepaald product en deze afspraken onderling niet verenigbaar zijn.⁴³ Raaijmakers noemt als voorbeeld de situatie waarin de ene fusiepartij een agentuurovereenkomst heeft met onderneming X en de andere fusiepartij een agentuurovereenkomst heeft met onderneming Y en X of Y het onwenselijk kunnen vinden dat de verkrijgende fusiepartij met zowel X als Y een agentuurovereenkomst heeft.⁴⁴ In de Asser wordt de situatie genoemd waarin de verdwijnende rechtspersoon zich heeft verbonden bepaalde zaken uitsluitend te betrekken van een bepaalde leverancier en deze afspraak onredelijk bezwarend is voor de verkrijgende vennootschap.⁴⁵ Leijten⁴⁶ constateert dat artikel 2:322 BW nog nimmer in rechte werd toegepast,⁴⁷ hetgeen zijns inziens zeer wel verband zou kunnen houden met de normerende invloed die deze bepaling op de opstellers van het fusievoorstel heeft.

7.2.4 De werknemer als schuldeiser en contractspartij van de fuserende werkgever

De werknemers van een verdwijnende fusiepartij en (indien één of meer rechtspersonen als gevolg van de fusie opgaan in een reeds bestaande rechtspersoon) de werknemers van de ten tijde van de fusie reeds bestaande verkrijgende fusiepartij kunnen als schuldeiser en contractspartij van de fuserende rechtspersonen een beroep doen op de hiervoor besproken artikelen 2:316 BW en 2:322 BW.

Zekerheid of waarborg voor werknemers van de fuserende rechtspersonen

Wanneer gegronde vrees bestaat dat de financiële positie van de verkrijgende fusiepartij als nieuwe werkgever van de werknemer minder florissant zal zijn en de werknemer geen waarborg heeft gekregen voor de voldoening van zijn vordering, kan de werknemer onder dreiging van een verzet ex artikel 2:316 lid 2 BW zekerheid verlangen van zijn bij de fusie verdwijnende werkgever en bij de verkrijgende rechtspersoon indien het vermogen van de verdwijnende werkgever bij de fusie opgaat in het vermogen van een reeds bestaande verkrijgende rechtspersoon.⁴⁸ Datzelfde geldt voor de werknemer van de ten tijde van de fusie reeds bestaande verkrijgende rechtspersoon. Bij vorderingen waarvoor de werknemer een zekerheidsstelling of waarborg kan verlangen, denk ik aan reeds verschuldigd loon en aan een reeds – al dan niet in een sociaal plan – overeengekomen ontslagvergoeding, maar ook aan in de nabije toekomst te ontvangen provisies en bonussen op grond van provisie- en bonusregelingen. Bij het bepalen van de zekerheid voor deze laatste ten

43 Kamerstukken II 1980/81, 16 453, nr. 3-4, p. 14.

44 M.J.G.C. Raaijmakers in Juridische fusie, NIVRA geschrift nummer 31 oktober 1983, p. 50.

45 Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (1997), nr. 170o.

46 Zie A.F.A. Leijten, Procederen over fusies en splitsingen: voldoende rechtsbescherming?, in: Geschriften vanwege de vereniging Corporate Litigation 2003-2004, p. 312.

47 Hetgeen voor zover mij bekend tot op heden nog steeds het geval is.

48 Ook andere als gevolg van de arbeidsovereenkomst in een rechtsverhouding tot de werkgever staande partijen aan wie de werkgever verplicht is tot het verrichten van betalingen, zoals vakorganisaties en pensioenfondsen, kunnen deze zekerheid verlangen.

tijde van de fusie nog niet bestaande vorderingen moet dan wel worden meegewogen dat tegenover deze vorderingen nog toekomstige verplichtingen van de werknemer staan als het verrichten van arbeid, het behalen van de doelstellingen om voor een bonus in aanmerking te komen en/of het doorlopen van een reïntegratietraject uit een sociaal plan. Indien de werkgever als gevolg van de fusie verdwijnt en deze of de werknemer voorafgaande aan de fusie een ontbindingsverzoek ex artikel 7:685 BW indiende, of indien de werknemer voorafgaande aan de fusie een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag (ex artikel 7:681 BW) aanhangig maakte, zet de verkrijgende fusiepartij de procedure onder de naam van de als gevolg van de fusie verdwijnende werkgever voort, dan wel onder haar eigen naam als rechtsopvolger onder algemene titel, zonder dat vereist is dat de als gevolg van de fusie verdwijnende werkgever als oorspronkelijke procespartij nog als zodanig deelneemt aan de procedure.⁴⁹ Mijns inziens kan de werknemer ter zake van in deze procedures mogelijk door de rechter aan hem toe te wijzen vorderingen ex artikel 2:316 BW een zekerheid verlangen van diens als gevolg van de fusie verdwijnende werkgever of van de verkrijgende rechtspersoon.

Uit de rechtspraak is mij geen voorbeeld bekend van een beroep door een werknemer op een zekerheidstelling of waarborg op grond van artikel 2:316 BW. Daaraan zal in de praktijk ook niet snel behoefte bestaan. Door de fusie worden immers de vermogens van twee of meer niet in surseance van betaling of in staat van faillissement verkerende rechtspersonen samengevoegd waardoor de werknemer zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende vorderingen in beginsel op een groter vermogen kan verhalen. Desalniettemin kan een van de fuserende rechtspersonen over een negatief eigen vermogen beschikken waardoor de verhaalspositie van de werknemers van de andere fuserende rechtspersoon met een gezondere balans juist verslechtert als gevolg van de fusie. Wil de werknemer zich in een dergelijke situatie met succes kunnen beroepen op het verzetsrecht van artikel 2:316 lid 2 BW, dan moet hij aantonen dan wel aannemelijk maken dat na de fusie minder waarborg zal bestaan voor de voldoening van zijn vordering. Bij fusies van NV's of BV's zal daarvan niet snel sprake zijn op grond van de beschermende werking⁵⁰ die uitgaat van de bij deze fusies vereiste accountantscontrole op grond van artikel 2:328 BW.⁵¹

Wijziging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst naar aanleiding van de fusie

Wanneer de arbeidsovereenkomst van de werknemer als gevolg van de fusie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te

49 HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 63. Zie ook HR 15 juni 2001, NJ 2001, 435 en JOR 2001/156.

50 Vgl. M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen in *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.), Fusie en splitsing, artikel 2:316 BW, aantekening 2A onder a.

51 Op grond van artikel 2:328 lid 1 BW dient de accountant (onder andere) te verklaren dat de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennootschappen, elk bepaald naar de dag waarop haar jaarrekening of tussentijdse vermogensopstelling betrekking heeft, bij toepassing van in het maatschappelijke verkeer als aanvaardbaar beschouwde waarderingsmethoden ten minste overeenkwam met het nominaal gestorte bedrag op de gezamenlijke aandelen die hun aandeelhouders ingevolge de fusie verkrijgen, vermeerderd met betalingen waarop zij krachtens de ruilverhouding recht hebben. De accountantsverklaring moet door de fusiepartijen ter inzage worden gelegd bij het handelsregister (artikel 2:328 lid 5 jo. Artikel 2:314 BW).

blijven, kunnen zowel de werknemer als de werkgever⁵² op grond van artikel 2:322 BW in rechte vorderen dat deze wordt gewijzigd of ontbonden.⁵³ De mogelijkheid van de rechter aan een wijziging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 2:322 BW terugwerkende kracht te verbinden, staat echter op gespannen voet met het systeem van de regeling van de arbeidsovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW.⁵⁴ De werknemer die een ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst met een fuserende of gefuseerde werkgever wenst, zal deze niet snel vorderen op grond van artikel 2:322 BW omdat hij in het kader van een daarbij door hem gevorderde vergoeding, anders dan bij een ontbindingsverzoek ex artikel 7:685 BW, zijn schade zal moeten stellen en bewijzen. Dat ligt anders voor de fuserende of gefuseerde werkgever die, wanneer hij op grond van artikel 2:322 BW ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou vorderen, in verband met het schadevergoedingskarakter van artikel 2:322 lid 3 BW aanzienlijk voordeliger uit zou kunnen zijn. Mijns inziens is dit echter niet verenigbaar met het gesloten systeem van het ontslagrecht.

Als hiervoor gesteld, is mij geen rechtspraak bekend waarin de toepassing van artikel 2:322 BW aan de orde is, laat staan rechtspraak waarin wordt geoordeeld over een op grond van deze bepaling gevorderde ontbinding of wijziging van een arbeidsovereenkomst. Mocht het daar echter in de toekomst eens van komen dan dient de rechter mijns inziens aan de hand van artikel 7:685 BW te beoordelen of sprake is van gewichtige redenen die een ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigen en of daarbij een vergoeding aan de werknemer toekomt. Ook in geval van een door de fuserende of gefuseerde werkgever op grond van artikel 2:322 BW gevorderde wijziging van één of meer arbeidsovereenkomsten dient de rechter een dergelijke vordering naar mijn mening, afhankelijk van de aard van de wijziging en van de omstandigheden van het geval, te beoordelen op basis van de op grond van de artikelen 7:611 BW, 7:613 BW en/of artikel 6:248 BW ontwikkelde normen. Artikel 2:322 BW zou wel een rol kunnen spelen wanneer het concurrentiebeding van de werknemer of van de voormalige werknemer van een fuserende rechtspersoon als gevolg van de fusie zwaarder is gaan drukken en dit een nadelige invloed heeft op zijn arbeidsmarktpositie. Hij zou dan op grond van artikel 2:322 jo. 7:653 lid 2 BW ongedaanmaking of matiging van het concurrentiebeding kunnen vorderen. Ter beantwoording van de vraag wanneer het concurrentiebeding als gevolg van de fusie nu zoveel zwaarder is gaan drukken dat de werknemer hiervan op grond van artikel 2:322 BW ongedaanmaking of matiging zou kunnen vorderen, kan worden aangeknoopt bij de door het Hof te Amsterdam genoemde omstandigheden in zijn arrest van 23 oktober 2007.⁵⁵ Hoewel de werknemer zich in deze procedure niet beriep op artikel 2:322 BW noemde het Hof in dit arrest enkele voorbeelden van

52 Dit kan afhankelijk van het tijdstip van instelling van de vordering alsmede van de fusievariant de verdwijnende fusiepartij of de verkrijgende fusiepartij zijn.

53 Gedurende de zes maanden na deponering van het fusievoorstel bij het handelsregister.

54 In zijn arrest van 26 mei 1966, NJ 1966, 345 overwoog de Hoge Raad dat de ontbinding van een arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:685 BW niet met terugwerkende kracht kan geschieden (bevestigd in r.o. 3.2 van HR 10 september 1993, NJ 1993, 777 (Moolenbeek/Alcatel Business Systems B.V.)).

55 Hof Amsterdam 23 oktober 2007, NJ 2008, 267, JAR 2008/68 en RAR 2008, 17 (r.o. 5.6).

omstandigheden waaruit kan volgen dat een concurrentiebeding zwaarder is gaan drukken als gevolg van een fusie. Deze omstandigheden kunnen naar het oordeel van het Hof onder meer bestaan “uit een dusdanige schaalvergroting van de werkgever ten gevolge van een vorm van samenwerking met een derde partij, waardoor het geografische afzetgebied, dan wel het productassortiment, dan wel het aantal filialen, dan wel de omzet, dan wel een combinatie van deze of andere kenmerkende factoren op aanzienlijke wijze wijzigen, zodanig dat het oorspronkelijk overeengekomen concurrentiebeding daadwerkelijk een zwaardere belemmering voor de werknemer is gaan worden om een ander dienstverband aan te gaan dan ten tijde van het overeenkomen van het concurrentiebeding.”

7.2.5 De juridische fusie en de artikelen 7:662 e.v. BW

De arbeidsovereenkomst van de werknemer met de verdwijnende rechtspersoon bij de fusie gaat op grond van artikel 2:309 BW onder algemene titel over op de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie. Deze overgang onder algemene titel impliceert dat de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie niet wordt beschouwd als een derde, maar dat deze in de positie treedt van de verdwijnende rechtspersoon bij de fusie. In hoofdstuk 5 kwam reeds aan de orde dat het voorstel voor de Derde EEG-richtlijn aanvankelijk een bepaling bevatte waarin expliciet werd bepaald dat de door de verdwijnende rechtspersoon bij de fusie gesloten arbeidsovereenkomsten van rechtswege overgingen naar de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie, de werknemer zijn anciënniteit behield en de arbeidsovereenkomst werd geacht door toedoen van de werkgever te zijn beëindigd indien dit werd veroorzaakt door de weigering van de werknemer in een ander land te gaan werken dan waar hij voor de fusie werkzaam was of door een andere wezenlijke wijziging van de arbeidsovereenkomst. Later werd besloten deze materie in een aparte richtlijn te regelen die niet alleen van toepassing zou zijn bij juridische fusie, maar ook in andere situaties waarin sprake is van een verandering van ondernemer. Deze richtlijn is geïmplementeerd in de artikelen 7:662 e.v. BW.⁵⁶

In artikel 7:662 lid 2 sub a BW wordt verstaan onder overgang in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of splitsing. Hoewel in artikel 1 lid 1 van de aan de artikelen 7:662 e.v. BW ten grondslag liggende Richtlijn overgang van onderneming van 14 februari 1977⁵⁷ expliciet was vermeld dat deze van toepassing was op een overgang van onderneming “ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie”, werd de fusie pas bij wetswijziging van 18 april 2002⁵⁸ als ‘overgangsvariant’ opgenomen in

56 Zie hierover P.W. van Straalen, Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 9/10.

57 Richtlijn 77/187/EEG van 14 februari 1977.

58 Wet van 18 april 2002 tot uitvoering van de Richtlijn 98/50/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 tot wijziging van de Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. Zie hierover nader paragraaf 5.2.

artikel 7:662 BW.⁵⁹ Dit terwijl de fusieregeling al sinds 1 januari 1984 was opgenomen in Boek 2 BW en tegelijkertijd met de inwerkingtreding van de splitsingsregeling op 1 februari 1998 aan artikel 7:662 BW was toegevoegd dat deze eveneens van toepassing was op een overgang van onderneming ten gevolge van een juridische splitsing.⁶⁰ Destijds werd dit niet nodig geacht omdat de fusieregeling reeds voorzag in een overgang onder algemene titel van de arbeidsovereenkomsten en de overgang van de uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende rechten en plichten krachtens de artikelen 7:662 e.v. BW bij fusie dan overbodig zou zijn.⁶¹ Dat daarmee niet werd beoogd werknemers wier arbeidsovereenkomsten als gevolg van fusie overgaan uit te sluiten van de werkingssfeer van de artikelen 7:662 e.v. BW werd door de regering bevestigd tijdens de parlementaire behandeling van de fusieregeling.⁶² De regering deelde mee dat ook de arbeidsovereenkomst onder algemene titel overgaat bij een juridische fusie, maar het behoud van de rechten van de werknemer bij fusie eveneens zou worden gewaarborgd door de artikelen 7:662 e.v. BW.⁶³ Bij fusie zijn dus de artikelen 7:662 e.v. BW en de fusieregeling naast elkaar van toepassing. Dat volgt eveneens uit de in paragraaf 2.4 besproken gelaagde structuur van het BW. Op grond daarvan moet een rechtsregel uit het BW worden toegepast op alle gevallen die onder de betekenisomvang van haar formulering vallen, ook wanneer tegelijkertijd een andere rechtsregel uit het BW van toepassing is. Slechts wanneer een dergelijke cumulatieve toepassing niet mogelijk is omdat de tegelijkertijd van toepassing zijnde rechtsregels elkaar uitsluiten of onderling niet verenigbaar zijn, kan de gerechtigde kiezen op welke bepaling hij zich beroept.⁶⁴

59 In artikel 14a lid 4 Wet CAO werd artikel 14a lid 2 Wet CAO – evenals artikel 2a lid 2 Wet AVV in artikel 2a lid 3 Wet AVV- bij wet van 21 april 1987 (Stb. 1987/209) wel van toepassing verklaard op overgang als gevolg van fusie. Daardoor eindigden de uit een cao voortvloeiende rechten en verplichtingen die als gevolg van fusie overgingen op het tijdstip waarop de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie gebonden werd aan een na de fusie tot stand gekomen cao, of op het tijdstip waarop de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie krachtens een na de fusie genomen besluit tot algemeenverbindendverklaring ex artikel 2 Wet AVV verplicht werd een cao toe te passen. Naar aanleiding van het opnemen van de fusie als overgangsvariant in artikel 7:662 BW werden dit vierde lid van artikel 14a Wet CAO en dit derde lid van artikel 2a Wet AVV geschrapt bij wet van 4 maart 2004 (Stb. 2004/104).

60 Wet van 24 december 1997 inzake juridische splitsing van rechtspersonen, Stb. 1997/776.

61 Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 5. De Minister stelde dit als volgt: "De rechtsfiguur van de juridische fusie van vennootschappen, zoals deze geregeld is in de derde richtlijn en weldra ook in de Nederlandse wetgeving zal zijn opgenomen, voorziet in een overgang van rechtswege van het vermogen en van de rechten en verplichtingen tussen de overgenomen en de overnemende vennootschap. De verplichtingen uit arbeidsovereenkomst welke de overgenomen vennootschap had, gaan dus van rechtswege over op de overnemende vennootschap; de desbetreffende bepalingen van de richtlijn en het wetsontwerp behoeven dit resultaat dus niet meer te bewerkstelligen. Dit geldt voor elke andere rechtsopvolging onder algemene titel."

62 Kamerstukken II 1981, 16 453, nr. 6, p. 5.

63 In de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel van fusie werd daarover het volgende meegegeeld: "Het onderwerp van de bescherming van werknemers is van de derde richtlijn afgesplitst in een zelfstandige richtlijn: de richtlijn van 14 februari 1977, die – in het algemeen – bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan het behoud van de rechten van werknemers waarborgt." Kamerstukken II 1981, 16 453, nr. 6, p. 5.

64 Zie HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. Hijma en JOR 2002/152 (r.o. 3.7).

Om onduidelijkheid te voorkomen over het bij fusie naast de fusieregeling tevens van toepassing zijn van de artikelen 7:662 e.v. BW werd bij de wetswijziging in 2002 besloten de fusie als overgangsvariant toe te voegen aan artikel 7:662 lid 1 sub a BW.⁶⁵ Daarbij werd benadrukt dat met het opnemen van de verschillende overgangsvarianten in artikel 7:662 BW niet werd beoogd het in de jurisprudentie van het Hof van Justitie ontwikkelde ruime overgangsbegrip in te perken. Overigens valt in beginsel elke juridische fusie als meerzijdige rechtshandeling van de fusiepartijen op grond van deze ruime uitleg van het overgangsbegrip onder artikel 7:662 lid 1 sub a BW.⁶⁶ De fusie is immers gericht op de overgang van het vermogen van de ene fusiepartij naar de andere fusiepartij waarna die andere fusiepartij dit vermogen voortaan gaat exploiteren. Uiteraard moet de fusie voor het van toepassing zijn van de artikelen 7:662 e.v. BW tevens aan de overige voorwaarden van artikel 7:662 BW voldoen. Hoewel een fusie niet altijd de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW meebrengt – denk bijvoorbeeld aan een fusie van twee of meer beleggingsinstellingen waar geen werknemers in dienst zijn – zal in de praktijk niet snel sprake zijn van de situatie dat een fusie van twee of meer rechtspersonen niet tevens een overgang van onderneming impliceert. Afgezien van het ruime ondernemingsbegrip van artikel 7:662 BW gaat door de fusie het volledige vermogen van de verdwijnende rechtspersoon over waardoor altijd sprake is van de overgang van een duurzaam georganiseerde economische entiteit. Slechts wanneer deze duurzaam georganiseerde economische entiteit door de fusie haar identiteit verliest, zou geen sprake zijn van overgang van onderneming. Dit kan het geval zijn wanneer de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie ná de fusie geheel andere ondernemingsactiviteiten gaat verrichten dan vóór de fusie verricht werden door één of elk van de gefuseerde rechtspersonen. In dat geval wordt de exploitatie van de ondernemingsactiviteiten van één of alle fusierende rechtspersonen niet voortgezet of hervat door de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie. De ondernemingsactiviteiten behouden dan niet hun identiteit waardoor de artikelen 7:662 e.v. BW niet van toepassing zijn naast de fusieregeling.⁶⁷

7.2.6 Samenloop artikelen 7:662 e.v. BW en fusieregeling

De overgang van de arbeidsovereenkomst onder algemene titel op grond van artikel 2:309 BW komt op hetzelfde neer als het op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege overgaan van de rechten en verplichtingen die voor de werkgever voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Toch heeft het van toepassing zijn van de

⁶⁵ Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 8.

⁶⁶ Van Straalen en Beltzer betogen in hun dissertaties uit 1999 en 2000 dat bij fusie tevens de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing kunnen zijn. Zij stellen dat, daar een expliciete conflictregel ontbreekt, door de ruime uitleg van het begrip overdracht krachtens overeenkomst door het Europees Hof van Justitie de artikelen 7:662 e.v. BW en de bepalingen uit de fusieregeling naast elkaar van toepassing zijn. P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 53/54 en R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2000, p. 188-192.

⁶⁷ Dat het vermogen van de verdwijnende rechtspersoon bij de fusie geïntegreerd wordt in de onderneming van de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie, staat op zich niet in de weg aan het van toepassing zijn van de artikelen 7:662 e.v. BW. Zie HvJ EG 12 februari 2009, JAR 2009/92 (Klarenberg/Ferrotron Technologies GmbH), besproken in paragraaf 5.4.

artikelen 7:662 e.v. BW op de als gevolg van een fusie onder algemene titel overgegangene arbeidsovereenkomst enkele eigenaardige consequenties ten opzichte van een 'gewone' overgang ten gevolge van een overeenkomst op grond van artikel 7:662 lid 2 onder a BW. In geval van samenloop van de artikelen 7:662 e.v. BW waarmee de rechten van de werknemer worden beschermd bij overgang van onderneming en bepalingen uit de fusieregeling waarmee de schuldeisers en contractspartijen van de fuserende rechtspersoon worden beschermd, kan de werknemer in een dergelijk geval een beroep doen op de voor hem meest gunstige bepaling.

Geen hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 7:663 BW vervreemder en verkrijger bij fusie

De in artikel 7:663 BW opgenomen hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemdende werkgever voor de op het tijdstip van de overgang uit de arbeidsovereenkomst voortgevloede verplichtingen gedurende een jaar na de overgang heeft bij fusie geen betekenis. De 'vervreemdende' fuserende werkgever houdt immers op te bestaan op het tijdstip van de overgang. Van hoofdelijk aansprakelijke vervreemdende en verkrijgende werkgevers gedurende een jaar na de overgang op grond van artikel 7:663 BW is bij fusie dus nimmer sprake. In paragraaf 5.7 van hoofdstuk 5 kwam aan de orde dat met deze hoofdelijke aansprakelijkheid wordt beoogd de overgaande werknemer te beschermen tegen de gevolgen van een overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar een slecht bij kas zittende verkrijger. Dat zal bij fusie niet snel aan de orde zijn omdat door de fusie, zoals ik hiervoor reeds constateerde, de vermogens van twee of meer niet in surseance van betaling of in staat van faillissement verkerende rechtspersonen worden samengevoegd waardoor de verhaalspositie van de werknemer eerder zal verbeteren dan verslechteren. Mocht de werknemer van een fuserende rechtspersoon voldoende gronden hebben om te twijfelen aan de nakoming van de uit zijn arbeidsovereenkomst voortgevloede verplichtingen door de verkrijgende rechtspersoon, dan kan hij zijn bij de fusie verdwijnende werkgever en – indien deze voor de fusie reeds bestaat – de verkrijgende rechtspersoon om een zekerheidstelling of waarborg verzoeken op grond van artikel 2:316 lid 2 BW. Daarmee veronderstel ik dat sprake is van een goed geïnformeerde werknemer. Hij moet immers aannemelijk maken dat de vermogens-toestand van de verkrijgende fusiepartij na de fusie minder waarborg zal bieden. Daarnaast kan de zekerheidstelling of waarborg alleen voorafgaand aan de fusie worden verlangd en tegen de weigering hiervan moet binnen één maand na de dag waarop de fuserende rechtspersonen in een landelijk verspreid dagblad de deponering van het fusievoorstel hebben aangekondigd, verzet worden ingesteld.

Artikel 7:665 BW: bescherming bij ontbinding op verzoek werknemer na fusie

Wanneer de overgang van de onderneming een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft en de arbeidsovereenkomst om die reden wordt ontbonden, komt op grond van artikel 7:665 BW de reden voor de ontbinding met het oog op de toekenning van een vergoeding ex artikel 7:685 lid 8 BW voor rekening van de werkgever. Indien de werknemer de rechtbank, sector kanton ex artikel 7:685 BW na de fusie verzoekt om ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst met de verkrijgende fusiepartij, vormt de fusie dus een voor rekening van deze

komende verandering van omstandigheden in de zin van artikel 7:685 lid 8 BW. Een wijziging van de arbeidsovereenkomst van de werknemer op verzoek van de werkgever op grond van 2:322 BW zal veelal niet verenigbaar zijn met de artikelen 7:662 e.v. BW waarin juist wordt gewaarborgd dat de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ongewijzigd mee overgaan. Wat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever betreft, betoogde ik hiervoor reeds dat niet verenigbaar met het gesloten systeem van het ontslagrecht is dat de fuserende of gefuseerde werkgever op 'voordeliger wijze' via artikel 2:322 BW in plaats van op grond van artikel 7:685 BW een ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou kunnen bewerkstelligen. Het van toepassing zijn van de ontbindingsmogelijkheid uit artikel 2:322 BW op de arbeidsovereenkomst zou leiden tot een resultaat dat in strijd is met het stelsel of met de strekking van de wet. Temeer omdat in een dergelijke situatie artikel 7:665 BW niet van toepassing zou zijn omdat in dit artikel expliciet wordt verwezen naar ontbinding ex artikel 7:685 BW. Daarom zou de rechter naar mijn mening bij een op grond van artikel 2:322 BW gevorderde ontbinding van de arbeidsovereenkomst artikel 7:685 (jo. 665) BW moeten toepassen bij de beoordeling van de gronden voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en bij het toekennen van een ontslagvergoeding aan de werknemer.

Artikel 7:665a BW: informatieverstrekking aan de werknemer bij fusie

In paragraaf 7.2.1 kwam aan de orde dat in het fusievoorstel moet worden vermeld welke voornemens bestaan omtrent het voortzetten of beëindigen van werkzaamheden na de fusie en dat het bestuur van elke fuserende rechtspersoon de verwachte gevolgen voor de werkzaamheden moet beschrijven en een toelichting uit juridisch, economisch en sociaal oogpunt moet geven.⁶⁸ De informatie in de toelichting, indien deze wordt opgesteld door de betrokken besturen,⁶⁹ is relevant voor de werknemer omdat deze hem inzicht geeft in de geplande bedrijfsvoering na de fusie en omdat hieruit blijkt welke gevolgen de fusie heeft voor zijn werkzaamheden. Deze toelichting is echter uitsluitend bestemd voor de leden en aandeelhouders van de fusiepartijen. Indien bij de fuserende werkgever een ondernemingsraad is ingesteld, zal deze informatie uiteindelijk wel terechtkomen bij de werknemer omdat de werkgever deze dan in het kader van het adviesrecht voorafgaande aan de fusie op grond van artikel 25 lid 1 sub a en/of b WOR aan de ondernemingsraad moet verschaffen. Indien bij de fuserende werkgever geen ondernemingsraad is ingesteld, kan deze informatie via het adviesrecht van de personeelsvertegenwoordiging ex artikel 35c lid 3 jo. 35b lid 5 WOR of, indien geen personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, via het adviesrecht van de personeelsvergadering ex artikel 35b lid 5 WOR ter kennis van de werknemer komen. De personeelsvertegenwoordiging en de personeelsvergadering hebben bij de niet naleving van dit adviesrecht niet eenzelfde beroepsrecht als de ondernemingsraad heeft op grond van 26 WOR.⁷⁰ Daarom hoeft de fuserende werkgever zich in die gevallen weinig gelegen te laten liggen aan de informering van de

68 Artikel 2:313 lid 1 en 2 BW.

69 Artikel 2:313 lid 4 BW.

70 De personeelsvertegenwoordiging of werknemer kan zich ter zake ook niet tot de kantonrechter wenden op grond van de geschillenregeling van artikel 36 WOR.

personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering.⁷¹ In dat laatste geval is het recht op informatie op grond van artikel 7:665a BW van belang voor de werknemer. Op grond van artikel 7:665a BW moeten de bij de fusie betrokken rechtspersonen hun werknemers onder meer in kennis stellen van de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers én van de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.⁷² Verzuimt de werkgever de in artikel 7:665a BW voorgeschreven informatie aan de werknemers te verstrekken dan is hij jegens de werknemers aansprakelijk op grond van artikel 6:162 BW.⁷³ Artikel 7:665a BW geldt uitsluitend voor werkgevers waarbij geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld. Ik acht dit onderscheid onjuist. Hoewel de ondernemingsraad en de personeelsvertegenwoordiging deze informatie in het kader van hun adviesrecht ex respectievelijk artikel 25 lid 1 sub a en/of b WOR en artikel 35c lid 3 jo. 35b lid 5 WOR zullen ontvangen,⁷⁴ betekent dit niet dat deze dan ook tevens (op tijd) bij de werknemers terecht komt. Zo kan ter zake geheimhouding aan de leden van de ondernemingsraad zijn opgelegd.⁷⁵ In verband hiermee ben ik van mening dat de informatieverplichting van artikel 7:665a BW in gelijke mate zou moeten gelden voor werkgevers waarbij wel een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld.

Pensioen en anciënniteit gaan onder algemene titel over bij fusie

Waar bij fusie de pensioentoezeggingen en spaarregelingen van de werknemers van de verdwijnende fusiepartij op grond van artikel 2:309 BW onder algemene titel overgaan, bevat artikel 7:664 BW uitzonderingen en beperkingen bij de overgang van pensioentoezeggingen en spaarregelingen bij overgang van onderneming.⁷⁶ Zoals hiervoor gesteld volgt uit zowel de (wetsgeschiedenis van) de fusieregeling en de artikelen 7:662 e.v. BW als uit de gelaagde structuur van het BW dat beide regelingen van toepassing zijn in geval van een overgang van onderneming als gevolg van een juridische fusie. Dat geldt eveneens bij de overgang van de pensioenrechten van de werknemer. De bijzondere regeling met betrekking tot de overgang van de rechten en verplichtingen uit pensioentoezeggingen in artikel 7:664 BW is echter niet altijd verenigbaar met de overgang onder algemene titel van deze rechten en verplichtingen op grond van de fusieregeling. Lutjens vraagt zich bij gebreke van rechtspraak op dit punt af of de beperkingen bij de overgang van de pensioenrechten van de werknemer in artikel 7:664 BW als een bijzondere wettelijke afwijking van de overgang onder algemene titel moet worden aangemerkt.⁷⁷ Ik meen dat een

71 Volledigheidshalve wijs ik erop dat de vakbonden op grond van artikel 3 en 4 van het SER-besluit fusiegedragsregels 2000 geïnformeerd en geconsulteerd dienen te worden over de aan de fusie verbonden werknemersaspecten. Hoewel bij fusie langs deze weg eveneens informatie bij de werknemer terecht kan komen, is ook hier sprake van tadeloze bepalingen.

72 Artikel 7:665a sub d en e BW.

73 Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 5, p. 9.

74 En zij deze informatie voorts op grond van artikel 31 lid 1 (jo. 35 lid 3) WOR kunnen opvragen.

75 Artikel 20 WOR. Artikel 20 WOR geldt niet voor leden van de personeelsvertegenwoordiging en in de WOR ontbreekt een bepaling op grond waarvan geheimhouding aan de leden van personeelsvertegenwoordiging kan worden opgelegd.

76 Zie paragraaf 5.6.5.

77 E. Lutjens, *Overgang van ondernemingen: de pensioenrechten*, Zutphen: Paris 2006, p. 69. Zie ook E. Lutjens, *Pensioen bij overgang van onderneming*, SMA 2002/9, p. 467.

dergelijke exclusieve toepassing van artikel 7:664 BW in geval van fusie niet aan de orde is. In hoofdstuk 2.4 kwam aan de orde dat van exclusieve toepassing slechts dan sprake kan zijn wanneer dit volgt uit de wet of uit het wettelijke systeem exclusiviteit mag worden aangenomen. Wanneer de cumulatieve of alternatieve toepassing van de algemene regel, in deze situatie is dat artikel 2:309 BW, tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden, zou de bijzondere regel, in deze situatie is dat artikel 7:664 BW, voorgaan op de algemene regel. Van dergelijke onaanvaardbare gevolgen op grond waarvan bijzondere regel van artikel 7:664 BW zou moeten voorgaan is geen sprake. Mijns inziens heeft het tegelijkertijd van toepassing zijn van de fusieregeling en artikel 7:664 BW als gevolg dat de partij die bij de toepassing van de betrokken regeling als de gerechtigde kan worden aangemerkt, kan kiezen op welke bepaling hij zich beroept. Die gerechtigde is in deze situatie de werknemer. Wanneer de pensioenregeling bij de vervreemder gunstiger is dan die van de verkrijger, zal de werknemer zich dan beroepen op de overgang onder algemene titel van zijn pensioenrechten wanneer de verkrijger op grond van artikel 7:664 BW lid 1 BW zijn eigen pensioenregeling op de overgegangene werknemers zou willen gaan toepassen. Op dit gebied verkeert de werknemer van een fuserende werkgever dus in een gunstigere positie dan de werknemer wiens arbeidsovereenkomst anders dan als gevolg van een fusie (of splitsing, waar dezelfde redenering opgaat) enkel overgaat op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW. Dat de werknemer bij cumulatie het recht heeft zich op de overgang onder algemene titel van zijn pensioenrechten te beroepen, lijkt mij gelet op de met de artikelen 7:662 e.v. BW beoogde bescherming van de werknemer geen onaanvaardbaar gevolg in de hiervoor bedoelde zin.

Ook de beperkingen bij de overgang van de door de werknemer bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit op grond van het in hoofdstuk 5 besproken arrest Collino en Chiappero⁷⁸ zijn bij een overgang van onderneming als gevolg van een fusie niet aan de orde. De anciënniteit van de werknemer gaat bij fusie onder algemene titel – dus één op één – over op de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie. Overigens leidt dit in de praktijk niet tot verschillen in de rechtspositie van de als gevolg van een fusie overgegangene werknemer ten opzichte van die van de uitsluitend op grond van artikel 7:663 BW overgegangene werknemer. Ook in deze laatste situatie worden door het UWV WERKbedrijf bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel uit artikel 4:2 Ontslagbesluit de door de werknemer opgebouwde dienstjaren bij de vervreemder meegeteld.⁷⁹

7.3 Splitsing

Bij juridische splitsing gaat het vermogen of een deel van het vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel over op één of meer bestaande en/of bij de juridische splitsing opgerichte verkrijgende rechtsperso(n)en(en). Naast deze juridische splitsing bestaan andere methoden waarmee een rechtspersoon vermogen kan

78 HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000/225 (Collino en Chiappero/Telecom Italia SpA). Zie ook HvJ EU 6 september 2011, NJ 2011, 590 m.nt. Mok en JAR 2011/262 m.nt. Haanappel-van der Burg (Scattolon/Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca).

79 Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 24-8, versie september 2012. Zie hierover nader paragraaf 5.6.1.

overdragen naar één of meer bestaande of nieuw opgerichte rechtspersonen waarin hij aandelen verkrijgt. In dat geval wordt ook wel gesproken over een splitsing in economische zin.⁸⁰ Een dergelijke splitsing in economische zin komt in verschillende varianten voor. Zo kan een rechtspersoon zijn ondernemingsactiviteiten inbrengen in twee of meer door hem opgerichte groepsmaatschappijen en zelf gaan functioneren als moedermaatschappij (bedrijfsplitsing), of kunnen twee rechtspersonen gezamenlijk een nieuwe rechtspersoon oprichten waarin zij beiden een ondernemingsactiviteit inbrengen (joint venture). Ten slotte kan een rechtspersoon met twee (bijvoorbeeld in onmin levende) aandeelhouders twee groepsmaatschappijen oprichten in elk waarvan een deel van de ondernemingsactiviteiten wordt ondergebracht. Elke aandeelhouder verkrijgt vervolgens de aandelen in één groepsmaatschappij waarna de splitsende rechtspersoon wordt ontbonden (aandeelhouders- of ruziesplitsing). Bij elk van deze drie varianten zal echter de overdracht van de ondernemingsactiviteit(en) gepaard moeten gaan met de voor elk vermogensbestanddeel wettelijk voorgeschreven leveringsformaliteiten en is de medewerking van schuldeisers en contractspartijen van de rechtspersoon vereist. De gevolgen voor het werkgeverschap in geval van een splitsing in economische zin kwamen aan de orde in hoofdstuk 5.

7.3.1 Juridische splitsing

De splitsingsregeling trad in werking op 1 februari 1998 en is gebaseerd op de Zesde EEG-richtlijn.⁸¹ Juridische splitsing (hierna: splitsing) kan worden beschouwd als het juridisch spiegelbeeld van de fusie. Waar bij de fusie de vermogens onder algemene titel samenkomen in een verkrijgende rechtspersoon, wordt bij splitsing het vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel verdeeld – gesplitst – over twee of meer rechtspersonen. In artikel 2:334a BW zijn twee vormen van splitsing opgenomen. De eerste is zuivere splitsing,⁸² waarbij de splitsende rechtspersoon zelf ophoudt te bestaan⁸³ en het vermogen van deze rechtspersoon onder algemene titel overgaat op twee of meer bestaande en/of nieuw opgerichte rechtspersonen. De tweede vorm van splitsing is afsplitsing.⁸⁴ Hier gaat het vermogen of een deel van het vermogen van de (af)splitsende rechtspersoon onder algemene titel over op één of meer andere rechtspersonen en blijft de (af)splitsende rechtspersoon bestaan. Evenals bij fusie dienen de partijen bij splitsing en de bij de splitsing op te richten verkrijgende rechtspersoon in beginsel dezelfde rechtsvorm te hebben⁸⁵ en kunnen de verkrijgende rechtspersonen bij splitsing zowel bestaande als in het kader van de splitsing

80 Ook personenvennootschappen kunnen zich in economische zin splitsen.

81 Zesde EEG-richtlijn 82/891/EEG van 17 december 1982.

82 Artikel 2:334a lid 2 BW.

83 Artikel 2:334c lid 1 BW.

84 Artikel 2:334a lid 3 BW.

85 Artikel 2:334b lid 1 en 2 BW. Het derde lid van dit artikel bepaalt dat NV's en BV's daarbij als rechtspersonen met dezelfde rechtsvorm worden aangemerkt en het vierde lid van dit artikel maakt mogelijk dat bij splitsing van een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting een verkrijgende NV of BV mag worden opgericht, mits de (af)splitsende rechtspersoon bij de splitsing alle aandelen verkrijgt in deze rechtspersoon.

opgerichte rechtspersonen zijn.⁸⁶ De leden of aandeelhouders van de (af)splitsende rechtspersoon worden in beginsel⁸⁷ lid of aandeelhouder in de verkrijgende rechtspersoon.⁸⁸ Het vermogen gaat onder algemene titel over en deze overgang wordt bewerkstelligd met het ondertekenen van de notariële akte van splitsing. Medewerking van contractspartijen, schuldeisers of andere derden is daardoor evenals bij fusie niet nodig. In de memorie van toelichting op de splitsingsregeling⁸⁹ werd echter benadrukt dat de splitsing niet was bedoeld als alternatief voor het overdragen van vermogensbestanddelen onder bijzondere titel. De splitsing diende gepaard te gaan met een wijziging in de structuur van de rechtspersoon. Doorgaans zou deze zijn beslag krijgen doordat bij de splitsing een nieuwe rechtspersoon wordt opgericht of leden of aandeelhouders van een splitsende rechtspersoon lid of aandeelhouder worden in de verkrijgende rechtspersoon. Van een dergelijke structuurwijziging is dus eveneens sprake bij de hiervoor besproken varianten van splitsing in economische zin. Een splitsing waarbij elke structuurwijziging achterwege zou blijven was, zo werd meegedeeld in de memorie van toelichting, in de opzet van het wetsvoorstel niet mogelijk. Dit leidde tijdens de parlementaire behandeling van de splitsingsregeling tot de vraag of de structuurwijziging als afzonderlijke eis gold, naast de in Titel 7 Boek 2 BW opgenomen criteria voor splitsing.⁹⁰ De regering beantwoordde deze vraag ontkennend⁹¹ en bevestigde daarmee dat wanneer wordt voldaan aan de in de wet gestelde vereisten bij splitsing sprake is van een rechtsgeldige splitsing.

Zoals het fusievoorstel bij de fusie vormt bij de splitsing het splitsingsvoorstel de kern van de splitsingsprocedure. Dit voorstel wordt opgesteld door de besturen van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen. Schuldeisers en contractspartijen van de splitsende rechtspersoon kunnen kennis nemen van de voorgenomen splitsing van hun wederpartij doordat deze op grond van artikel 2:334h lid 3 BW verplicht is in een landelijk verspreid dagblad aan te kondigen dat het splitsingsvoorstel bij het handelsregister is gedeponneerd. Artikel 2:334f lid 2 sub c BW bepaalt dat uit dit voorstel moet blijken of het om een zuivere splitsing of afsplitsing gaat. In het voorstel wordt omschreven welke vermogensbestanddelen van de splitsende rechtspersoon op de

86 Zij het dat wanneer bij afsplitsing geen rechtspersoon wordt opgericht en uitsluitend naar één of meer bestaande rechtspersonen wordt afgesplitst dan ten minste één verkrijgende rechtspersoon overeenkomstig artikel 2:334d of 2:334aa BW lidmaatschapsrechten of aandelen in zijn kapitaal toekent aan leden of aandeelhouders van de afsplitsende rechtspersoon.

87 Uitzonderingen op deze regel vormen de zogenaamde hybride splitsing ex artikel 2:334a lid 3 BW, waarbij het hele vermogen van de (af)splitsende rechtspersoon overgaat op een bij de splitsing opgerichte NV of BV waarvan de (af)splitsende rechtspersoon vervolgens weer enig aandeelhouder wordt en de splitsing van aandeelhouders van artikel 2:334cc BW. Voorts is evenals in de fusieregeling ook in de splitsingsregeling – in artikel 2:334ii BW – een regeling voor de driehoekssplitsing (in groepsverband) opgenomen.

88 Artikel 2:334e lid 1 BW.

89 Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 5.

90 M. van Olfen, F.K. Buijn en P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 110.

91 Meegedeeld werd “dat voor de vraag of sprake is van een splitsing de wettelijke definitie van splitsing in artikel 334a beslissend is. Het begrip structuurwijziging is uitsluitend in de toelichting geïntroduceerd om te verduidelijken wat de achtergrond is van de eisen die in de definitie met zoveel woorden aan de splitsing worden gesteld (uitreiking van aandelen of lidmaatschapsrechten of oprichting van een nieuwe rechtspersoon).” Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 5.

verkrijgende rechtsperso(o)n(en) overgaan en, indien de splitsende rechtspersoon blijft bestaan, welke vermogensbestanddelen achterblijven bij de splitsende rechtspersoon.⁹² Ook moet een zogenaamde pro forma winst- en verliesrekening of exploitatierekening van de verkrijgende rechtsperso(o)n(en) en de in het geval van afsplitsing voortbestaande splitsende rechtspersoon bij het splitsingsvoorstel worden gevoegd.⁹³ Het doel hiervan is aan belanghebbenden bij de splitsing een indruk te geven van de winstcapaciteiten en levensvatbaarheid van de splitsende rechtspersoon, indien deze blijft bestaan, en van de verkrijgende rechtsperso(o)n(en). Artikel 2:334f lid 2 sub e BW bouwt hierop voort en bepaalt dat het voorstel de waarde van de vermogensbestanddelen moet vermelden welke worden toegesplitst aan de verkrijgende rechtsperso(o)n(en) en, indien hiervan sprake is, de waarde van de vermogensbestanddelen die achterblijven bij de afsplitsende rechtspersoon. Indien de splitsing meebrengt dat werkzaamheden van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen zullen worden gewijzigd of gestaakt, moeten de besturen van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen dit in het splitsingsvoorstel vermelden.⁹⁴ Het bestuur van elke bij de splitsing betrokken rechtspersoon dient in een schriftelijke toelichting de redenen voor splitsing en de te verwachten gevolgen voor de werkzaamheden te beschrijven en een toelichting te geven uit juridisch, economisch en sociaal oogpunt.⁹⁵ In deze toelichting wordt een visie gegeven over de gevolgen van de splitsing en wordt onderbouwd dat de levensvatbaarheid van de gescheiden onderdelen van de gesplitste rechtspersoon afzonderlijk voldoende gewaarborgd is.⁹⁶ De toelichting hoeft evenals de toelichting op het fusievoorstel ex artikel 2:313 lid 1 BW slechts aan leden of aandeelhouders of aan hen die een bijzonder recht hebben jegens de splitsende rechtspersoon ter inzage te worden gelegd.⁹⁷ Anders dan bij fusie kunnen de besturen van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen deze toelichting niet achterwege laten indien de aandeelhouders daarmee instemmen.

7.3.2 Meer nadruk op positie schuldeisers en contractspartijen dan bij fusie

In de memorie van toelichting op de splitsingsregeling werd meegedeeld dat de positie van de schuldeisers van de splitsende rechtspersoon bijzondere aandacht verdiende.⁹⁸ Anders dan bij de fusie, waar vooral aandeelhouders nadeel kunnen ondervinden in de vorm van een scheve ruilverhouding van de aandelen in de verkrijgende rechtsperso(o)n(en), bestaat bij splitsing het gevaar voor benadeling van schuldeisers. Zij worden na de splitsing geconfronteerd met een schuldenaar die slechts nog een deel bezit van het oorspronkelijke vermogen van de splitsende rechtspersoon dat was bestemd voor verhaal van hun vorderingen.⁹⁹ Wanneer bij

92 Artikel 2:334f lid 2 sub d BW.

93 De pro forma winst- en verliesrekening of exploitatierekening mag de vorm van een globale presentatie hebben. Kamerstukken II 1997/98, 24 702, nr. 8, p. 2.

94 Artikel 2:334f lid 2 sub k BW.

95 Artikel 2:334g lid 1 BW.

96 A.F.M. Dorresteyn (red), *Juridische splitsing van vennootschappen*, Arnhem: Gouda Quint 1998, p. 84.

97 Artikel 2:334h lid 2 BW.

98 Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 3 en 12.

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

de splitsing een rechtsverhouding overgaat, zou de verkrijgende rechtspersoon niet tot nakoming in staat kunnen zijn omdat de daarvoor benodigde werknemers of middelen niet op haar zijn overgegaan. In deze situatie kan de contractspartij van de splitsende rechtspersoon als schuldeiser tevens worden beperkt in zijn verhaalsmogelijkheden doordat het vermogen van zijn nieuwe wederpartij kleiner is geworden, of moeilijker traceerbaar is dan dat van zijn als gevolg van de splitsing verdwenen wederpartij.¹⁰⁰ In geval van afsplitsing kunnen contractspartijen en schuldeisers wier rechtsverhoudingen achterblijven bij de afsplitsende rechtspersoon hiervan nadeel ondervinden als de afsplitsende rechtspersoon de hieruit voortvloeiende verplichtingen niet meer kan nakomen omdat de daarvoor benodigde werknemers of middelen werden afgesplitst en/of omdat het vermogen van de afsplitsende rechtspersoon kleiner is geworden.¹⁰¹ Om deze nadelige gevolgen van de splitsing voor schuldeisers en contractspartijen tegen te gaan, bevat de splitsingsregeling in vergelijking met de fusieregeling meer bepalingen ter bescherming van de belangen van de schuldeisers en de contractspartijen van de splitsende rechtspersoon.

7.3.3 De overgang van rechtsverhoudingen bij splitsing

Artikel 2:334j lid 1 BW bepaalt dat rechtsverhoudingen, waarbij de splitsende rechtspersoon partij is, in beginsel in hun geheel overgaan op één verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing. In de memorie van toelichting werd meegedeeld dat onder rechtsverhouding zowel de enkele schuld of verplichting als de meer omvattende rechtsverhoudingen, zoals het samenstel van rechten en verplichtingen dat uit een overeenkomst voortvloeit, moet worden verstaan.¹⁰² Daarmee wordt beoogd te waarborgen dat de wederpartij na de splitsing “niet met een veelvoud aan wederpartijen te maken krijgt omdat sommige verplichtingen op de ene, andere op een andere en de rechten op een derde rechtspersoon zijn overgegaan.” De regering deelde echter eveneens mee dat artikel 2:334j BW niet in de weg staat aan het ongesplitst op meer dan één verkrijgende rechtspersoon overgaan van een rechtsverhouding zodat de betrokken rechtspersonen na de splitsing gezamenlijk de daaraan verbonden rechten uitoefenen en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de uit de rechtsverhouding voortvloeiende verplichtingen.¹⁰³

In het tweede en derde lid van artikel 2:334j BW zijn uitzonderingen op het ondeelbaar overgaan van de rechtsverhouding opgenomen. Artikel 2:334j lid 2 BW bepaalt dat een rechtsverhouding mag worden gesplitst wanneer deze verbonden is

100 Evenals bij fusie kan een rechtspersoon niet partij zijn bij een splitsing gedurende surseance van betaling of faillissement (artikel 2:334b lid 6 BW). Op grond echter van de in artikel 2:334b lid 7 BW neergelegde uitzondering op deze regel mag een splitsende rechtspersoon wel in surseance van betaling of faillissement zijn indien alle verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing opgerichte NV's of BV's zijn en de splitsende rechtspersoon van deze bij de splitsing alle aandelen verkrijgt. Zie voor een (afgewezen) beroep op de faillissementspauliana van artikel 42 Faillissementswet door curatoren van een twee jaar na een afsplitsing gefailleerde NV: Rb. Zutphen 29 december 2010, JOR 2011/302 m.nt. Nagtegaal.

101 Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 12.

102 Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 13.

103 Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 13.

met verschillende vermogensbestanddelen die op hun beurt weer op verschillende verkrijgende rechtspersonen overgaan. Datzelfde geldt op grond van artikel 2:334j lid 3 BW indien bij afsplitsing een deel van de vermogensbestanddelen achterblijft bij de splitsende rechtspersoon. Volgens de memorie van toelichting valt niet in het algemeen te zeggen wanneer sprake is van verbondenheid van een rechtsverhouding aan verschillende vermogensbestanddelen en zal dit afhangen van de aard van de rechtsverhouding en van de feitelijke omstandigheden. Die aard en omstandigheden van het geval zouden in ieder geval moeten impliceren dat de uitvoering van de rechtsverhouding in het gedrang zou komen als deze niet zou worden gesplitst. Daarvan is volgens de regering sprake wanneer de splitsing feitelijke belemmeringen oplevert die de uitvoering van de rechtsverhouding bemoeilijken.¹⁰⁴ Zowel feitelijke belemmeringen aan de kant van de wederpartij van de splitsende rechtspersoon als aan de kant van de splitsende rechtspersoon bij het nakomen van verplichtingen kunnen een grond opleveren voor splitsing van de rechtsverhouding.¹⁰⁵ Als voorbeeld van een situatie waarin feitelijke belemmeringen aan de kant van de wederpartij van de splitsende rechtspersoon een grond vormen voor de splitsing van de rechtsverhouding wordt in de memorie van toelichting genoemd de overeenkomst voor het onderhoud van twee gebouwen en het bij de splitsing overgaan van de twee gebouwen naar verschillende rechtspersonen. Deze overeenkomst kan dan worden gesplitst in twee overeenkomsten, elk voor het onderhoud van één gebouw. Als ander voorbeeld wordt genoemd de overeenkomst waarbij de wederpartij zich jegens de splitsende rechtspersoon heeft verplicht niet met deze te gaan concurreren. Om te voorkomen dat de wederpartij zich na de splitsing jegens alle verkrijgende rechtspersonen dient te onthouden van concurrerende handelingen, kan deze overeenkomst worden gesplitst en verdeeld over de rechtspersonen waarnaar de vermogensbestanddelen werden toegesplitst (of waarbij vermogensbestanddelen achterblijven) die voor de splitsende rechtspersoon de grond vormen voor het aangaan van deze overeenkomst. Als voorbeeld van een situatie waarin feitelijke belemmeringen aan de kant van de splitsende rechtspersoon een grond vormen voor de splitsing van de rechtsverhouding met de wederpartij, werd in de memorie van toelichting de situatie genoemd waarin de verplichtingen van de splitsende rechtspersoon tegenover een wederpartij alleen door een bepaalde werknemer kunnen worden uitgevoerd en diens arbeids-overeenkomst bij de splitsing op een andere rechtspersoon overging dan die waarnaar de rechtsverhouding met de wederpartij overging.

Wat de wijze betreft waarop een rechtsverhouding mag worden gesplitst, schrijft artikel 2:334j lid 2 BW voor dat dit “naar evenredigheid van het verband dat de rechtsverhouding heeft met de vermogensbestanddelen die elke rechtspersoon verkrijgt dient te geschieden.” Uit de memorie van toelichting blijkt niet welke concrete verdeelsleutel met deze evenredigheid wordt beoogd. Aangenomen wordt dat de waarde van de vermogensbestanddelen, de verkrijgingsprijs, de bedoelingen van de partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding en de plaats waar de

¹⁰⁴ Financieel onvermogen van de verkrijgende rechtspersonen bij splitsing vormt volgens de memorie van toelichting niet zo een feitelijke belemmering. Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 13.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 13.

vermogensbestanddelen zich bevinden, indicaties vormen voor de wijze van verdeling van de rechtsverhouding.¹⁰⁶ Als hiervoor gesteld, verzet de splitsingsregeling zich er niet tegen dat rechtsverhoudingen ongesplitst overgaan op meerdere verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing. De splitsende rechtspersoon is niet verplicht de aan verschillende vermogensbestanddelen verbonden rechtsverhoudingen als bedoeld in artikel 2:334j lid 2 en 3 BW te splitsen. Besluit de splitsende rechtspersoon niet tot splitsing van deze rechtsverhoudingen dan gaan deze ongedeeld over op de verkrijgende rechtspersonen. Deze verkrijgende rechtspersonen worden dan gezamenlijk partij bij de rechtsverhouding en hoofdelijk aansprakelijk tot nakoming jegens de wederpartij. Tot een maand nadat de bij de splitsing betrokken rechtspersonen de deponering van het splitsingsvoorstel hebben aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad kan de wederpartij van de splitsende rechtspersoon in verzet komen tegen de wijze waarop zijn rechtsverhouding en de daarmee nauw verbonden vermogensbestanddelen al dan niet zal overgaan op grond van het splitsingsvoorstel.¹⁰⁷ In het verzoekschrift hoeft niet te worden vermeld welke wijziging wordt verlangd.¹⁰⁸

7.3.4 Zekerheidstelling en waarborg voor schuldeisers en contractspartijen

In artikel 2:334k BW is een vrijwel gelijk aan artikel 2:316 lid 1 BW luidende bepaling opgenomen op grond waarvan iedere schuldeiser, tenzij deze voldoende waarborgen heeft, of tenzij de verkrijgende splitsende partij die na de splitsing zijn schuldenaar zal zijn niet minder waarborg zal bieden dan voor de splitsing bestond, kan verlangen dat “ten minste een van de partijen bij de splitsing” zekerheid stelt of een andere waarborg geeft voor de voldoening van diens vordering.¹⁰⁹ Voor de bepaling van de vorm van die waarborg of zekerheid vormt het verzoek van de schuldeiser het uitgangspunt¹¹⁰ en komen dezelfde wijzen van zekerheidstelling in aanmerking als genoemd bij fusie in paragraaf 7.2.4. Verder kan mijns inziens ook bij splitsing de waarborg alleen worden verlangd van de bij de splitsing verdwijnende of voortbestaande rechtspersoon en van de verkrijgende rechtspersoon, en niet van andere partijen bij de splitsing.¹¹¹ Wordt een op grond van artikel 2:334k BW verlangde zekerheidstelling of waarborg geweigerd, dan kan de schuldeiser door middel van het indienen van een verzoekschrift waarin de verlangde waarborg is vermeld tot een

106 Zie H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra in J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Negende druk, Deventer: Kluwer 2011, artikel 2:334j BW aant. 3.

107 Artikel 2:334l BW. Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 14/15.

108 De Rechtbank 's-Gravenhage oordeelde in een geval waarin in het splitsingsvoorstel een betwiste schadevergoedingsvordering werd gesplitst over de verkrijgende rechtspersonen bij zuivere splitsing, dat geen sprake was van een splitsbare rechtsverhouding ex artikel 2:334j lid 2 BW. Vervolgens bepaalde de rechtbank dat de splitsende rechtspersoon een waarborg diende te geven, inhoudende dat de verkrijgende rechtspersonen hoofdelijk zouden zijn verbonden tot nakoming van de schadevergoedingsvordering. Rb. 's-Gravenhage 7 februari 2001, JOR 2001/111 m.nt. Van Luyn.

109 Het vermogen waarop de schuldeiser zich vóór en na de splitsing kan verhalen dient niet gelijk te zijn, maar het moet een even grote waarborg bieden dat de vordering zal worden voldaan (Rb. Amsterdam 4 april 2003, JOR 2003/105).

110 Zoals volgt uit de laatste zin van artikel 2:334l lid 1 BW.

111 Zoals een andere rechtspersoon dan de schuldenaar-rechtspersoon die bij de ‘joint venture-splitsing’ tevens vermogen afsplitst naar de verkrijgende rechtspersoon.

maand na de aankondiging van de deponering van het splitsingsvoorstel in een landelijk verspreid dagblad in verzet komen tegen het splitsingsvoorstel.

Op basis van de tekst van artikel 2:334k BW kan voor de voldoening van op het moment van splitsing bestaande vorderingen een zekerheid of waarborg worden verlangd. Artikel 2:334k BW is gebaseerd op artikel 12 van de Zesde EEG-richtlijn waarin¹¹² is neergelegd dat de belangen van schuldeisers wier vorderingen voor de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel zijn ontstaan en ten tijde van die openbaarmaking nog niet opeisbaar zijn, op passende wijze beschermd moeten worden in de wetgevingen van de lidstaten. Evenals bij fusie zal het bij splitsing voor schuldeisers met een bestaande rechtsverhouding vooral van belang zijn dat de vorderingen die in de toekomst uit die rechtsverhouding gaan voortvloeien worden veiliggesteld. Daarom meen ik ook hier dat artikel 2:334k BW zo moet worden geïnterpreteerd dat eveneens ter zake van toekomstige vorderingen, voortvloeiend uit vóór de splitsing ontstane rechtsverhoudingen, een zekerheid of waarborg mag worden verlangd. In de spaarzame jurisprudentie wordt daarover ook zo geoordeeld. In haar beschikking van 1 juni 1999¹¹³ overwoog de Rechtbank Arnhem dat artikel 2:334k BW niet slechts betrekking heeft op schuldeisers die opeisbare vorderingen hebben. De tekst van dit artikel bood volgens de rechtbank geen enkel aanknopingspunt voor een dergelijke restrictieve uitleg en paste ook niet in het samenstel van waarborgen dat de wetgever met het oog op de belangen van schuldeisers in het leven had geroepen. In hoger beroep liet de Ondernemingskamer¹¹⁴ het oordeel van de rechtbank in stand. Welke zekerheid of waarborg contractspartijen dan voor hun toekomstige vorderingen zouden kunnen verlangen, hangt evenals bij de fusie af van de feitelijke omstandigheden waarbij onder meer van belang is of tegenover deze toekomstige vorderingen ook toekomstige verplichtingen van contractspartijen staan.

Het verzet wordt ongegrond verklaard indien de schuldeiser niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de vermogenstoestand van zijn wederpartij na de splitsing minder waarborg zal bieden dan de vordering zal worden voldaan en dat van de splitsende rechtspersoon onvoldoende waarborgen zijn verkregen.¹¹⁵ Bij de vraag of sprake is van voldoende waarborgen, en daarmee of schuldeisers van de splitsende rechtspersoon met succes een beroep kunnen doen op artikel 2:334k BW, speelt de aansprakelijkheid op grond van het in paragraaf 7.3.7 te bespreken artikel 2:334t BW een belangrijke rol. Kort gezegd zijn op grond van artikel 2:334t BW na de splitsing, naast de rechtspersoon waarbij de verbintenis achterblijft of waarnaar de verbintenis overgaat, de voortbestaande of verkrijgende rechtsperso(o)n(en) aansprakelijk tot nakoming van de verbintenis van de splitsende rechtspersoon. Zowel de Rechtbank Amsterdam¹¹⁶ als de Ondernemingskamer¹¹⁷ oordeelden in procedures waarin schuldeisers zich op grond van artikel 2:334k BW verzetten tegen de splitsing, dat geen

112 Evenals in artikel 13 van de Derde EEG-richtlijn betreffende de juridische fusie.

113 Rb. Arnhem 1 juni 1999, JOR 1999/173 m.nt. Van Luyn (r.o. 5.7).

114 OK 18 november 1999, JOR 1999/254 m.nt. Van Luyn.

115 Artikel 2:334l lid 1 BW.

116 Rb. Amsterdam 4 april 2003, JOR 2003/105 m.nt. Van Luyn (r.o. 4.12 en 4.13).

117 OK 18 november 1999, JOR 1999/254 m.nt. Van Luyn (r.o. 3.6).

sprake kon zijn van minder waarborgen voor nakoming als gevolg van de splitsing omdat de schuldeisers na de splitsing op grond van artikel 2:334t BW zowel de voortbestaande rechtspersoon als de verkrijgende rechtspersoon aan konden spreken tot nakoming van hun vorderingen. De gedachte hierachter is dat door de aansprakelijkheid van alle splitsingspartijen na de splitsing ex artikel 2:334t BW de totale waarde van het verhaalsvermogen voor de schuldeisers ten tijde van de splitsing hetzelfde blijft. In haar noten bij beide uitspraken concludeert Van Luyn dat artikel 2:334k BW een dode letter is indien telkens geoordeeld zou worden dat de vermogenstoestand van een splitsende rechtspersoon niet minder waarborg zal bieden na de splitsing in verband met de aansprakelijkheid van de splitsingspartijen ex artikel 2:334t BW. Artikel 2:334k BW zou dan alleen nog betekenis hebben in de situatie dat bij de splitsing vermogen overgaat naar een reeds bestaande rechtspersoon die zelf een negatief vermogen heeft waardoor de verhaalspositie van schuldeisers achteruit kan gaan ondanks de aansprakelijkheid van de splitsingspartijen ex artikel 2:334t BW.

7.3.5 *Wijziging of ontbinding van rechtsverhoudingen naar aanleiding van de splitsing*

Artikel 2:334r BW bevat een met artikel 2:322 BW vergelijkbare regeling die aan zowel de bij de splitsing betrokken rechtspersonen als aan hun wederpartijen de mogelijkheid biedt de rechtsverhouding die zij met elkaar hebben te laten wijzigen of ontbinden door de rechter. Artikel 2:334r BW is vrijwel identiek aan artikel 2:322 BW bij fusie en staat in een zelfde verhouding tot 6:258 BW.¹¹⁸ Ten aanzien van het vervallen van de mogelijkheid wijziging of ontbinding van de rechtsverhouding te vorderen op grond van artikel 2:334r BW nadat zes maanden na de deponering van de (notariële) splitsingsakte bij het handelsregister zijn verstreken, deelde de regering mee dat daardoor langdurige onzekerheid over het lot van de rechtsverhouding werd vermeden.¹¹⁹ Door enerzijds de openbaarmakingsverplichting (van het splitsingsvoorstel) en anderzijds de vervaltermijn van zes maanden werd naar het oordeel van de regering recht gedaan aan de belangen van zowel de bij de splitsing betrokken rechtspersonen als aan die van de wederpartijen van de splitsende rechtspersoon. De bevoegdheid tot het instellen van de vordering vervalt na verloop van zes maanden na de deponering van de (notariële) akte van splitsing bij de handelsregisters van de woonplaatsen van de verkrijgende rechtsperso(n)en en de gesplitste rechtspersoon.¹²⁰ De als gevolg van

118 De kantonrechter te Assen oordeelde dat artikel 2:334r BW een expliciete, bijzondere regeling bevat voor het geval dat de onvoorziene omstandigheid bestaat uit de splitsing van een partij bij een overeenkomst en dat dit meebrengt dat geen plaats meer is voor toetsing aan artikel 6:258 BW indien een vordering tot wijziging van de overeenkomst niet toewijsbaar is op grond van artikel 2:334r BW. Ktr. Assen 17 januari 2012, LJN: BV7391. Zie over de verhouding tussen artikel 2:334r BW en artikel 6:258 BW ook Ktr. Tilburg 22 februari 2012, LJN: BW4408.

119 Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 2. Ten aanzien van de verhouding tussen artikel 2:334r BW (en artikel 2:322 BW) en artikel 6:258 BW voegde de Minister daar nog aan toe dat de regeling van artikel 2:334r BW alleen de veranderingen betrof die ten gevolge van de splitsing waren opgetreden en een vordering wegens onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 BW op grond van een ander feitencomplex onverlet liet.

120 Artikel 2:334r lid 2 BW. Zie ook artikel 2:334n lid 3 BW. De vordering kan ook voor de neerlegging van de akte van splitsing worden ingesteld (Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 2.).

wijziging of ontbinding ontstane schade van de wederpartij van de splitsende rechtspersoon kan op grond van artikel 2:334r lid 3 BW op de bij de splitsing betrokken rechtspersonen worden verhaald. Van een overeenkomst die als gevolg van de splitsing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet in stand kan blijven, zal bij splitsing minder snel sprake zijn dan bij fusie waarbij anders dan bij splitsing altijd sprake is van de overgang van het volledige vermogen van in ieder geval één rechtspersoon naar een verkrijgende rechtspersoon. Bij splitsing bestaat een grotere vrijheid in de toedeling van vermogen en zal voorafgaand aan de splitsing bij het opstellen van het splitsingsvoorstel al nagedacht zijn over een werkbare toe- en verdeling van overeenkomsten. Als voorbeeld van een overeenkomst die als gevolg van de splitsing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet in stand kan blijven, noemde de regering in de memorie van toelichting op artikel 2:334j BW de overeenkomst op grond waarvan de wederpartij zich dient te onthouden van concurrentie jegens de splitsende rechtspersoon.¹²¹ Op grond van artikel 2:334j lid 2 en 3 BW kan deze overeenkomst op een zodanige wijze worden gesplitst dat de verplichting van de wederpartij om zich te onthouden van concurrerende handelingen na de splitsing geldt jegens alle rechtspersonen die vermogensbestanddelen hebben verkregen met het oog waarop deze verplichting was aangegaan. In een dergelijk geval kan de rechter deze overeenkomst op vordering van de wederpartij met toepassing van artikel 2:334r BW wijzigen (matigen) of ontbinden als deze daardoor zwaarder op de wederpartij is gaan drukken dan voor de splitsing het geval was.

7.3.6 Aansprakelijkheid van splitsingspartijen voor 'vergeten' vorderingen

Het kan ook voorkomen dat uit het splitsingsvoorstel niet blijkt aan welke splitsingspartij een bepaald vermogensbestanddeel of een aan dat vermogensbestanddeel verbonden vordering of schuld toekomt. Het gaat daarbij om vermogensbestanddelen en daaraan verbonden vorderingen of schulden die toen het splitsingsvoorstel werd opgesteld niet bekend waren, zoals vorderingen tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad of voortvloeiend uit voorafgaand aan de splitsing geëindigde overeenkomsten en die pas nadat de splitsing was voltooid aan het licht kwamen.¹²² Wanneer in het splitsingsvoorstel geen zogenoemde 'gevonden voorwerpenregeling' is opgenomen waarin is vastgelegd wat te doen met zulke vermogensbestanddelen, geldt de regeling van artikel 2:334s BW. Is, zoals bij zuivere splitsing,¹²³ het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon op andere rechtspersonen overgegaan, dan zijn deze verkrijgende rechtspersonen op grond van artikel 2:334s lid 2 BW evenredig aan het aandeel dat zij bij splitsing van de splitsende rechtspersoon ontvingen rechthebbenden. In het geval van een 'vergeten' vordering van de gesplitste rechtspersoon ontstaat een gezamenlijk vorderingsrecht op de debiteur. Gaat het om een schuld, dan is elke verkrijgende rechtspersoon jegens de schuldeiser (hoofdelijk) aansprakelijk tot

121 Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 13. De Minister bedoelt hier niet een concurrentiebeding ex artikel 7:653 BW (Zie hierover nader paragraaf 7.3.8).

122 Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 17.

123 Artikel 2:334s lid 2 BW ziet niet alleen op zuivere splitsingen maar ook op afsplitsingen waarbij het gehele vermogen overgaat. Vgl. Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 18.

nakoming van de gehele schuld.¹²⁴ Is sprake van een afsplitsing waarbij niet het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon is overgegaan, dan wordt het vergeten vermogensbestanddeel op grond van artikel 2:334s lid 3 BW verondersteld te zijn achtergebleven bij de afsplitsende rechtspersoon. In deze situatie geldt voor de aan dit vermogensbestanddeel verbonden schulden de hierna te bespreken aansprakelijkheidsregeling van artikel 2:334t BW.

7.3.7 *Medeaansprakelijkheid voor nakoming verbintenissen splitsende rechtspersoon*

Artikel 12 lid 3 van de Zesde EEG-richtlijn verplicht de lidstaten in hun nationale splitsingsregelingen op te nemen dat de verkrijgende rechtspersonen aansprakelijk zijn voor een verbintenis van de gesplitste rechtspersoon wanneer een schuldeiser van de rechtspersoon waarop de verbintenis overeenkomstig het splitsingsvoorstel is overgegaan geen voldoening heeft gekregen. Deze regel is neergelegd in artikel 2:334t BW waarvan het eerste lid bepaalt dat de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon aansprakelijk zijn tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing. Deze aansprakelijkheid geldt voor schulden uit rechtsverhoudingen waarbij de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing partij was.¹²⁵ De schuld hoeft niet te zijn ontstaan voor de splitsing. In de memorie van toelichting werd het bestaan van de onderliggende rechtsverhouding voldoende geacht en meegedeeld dat de aansprakelijkheid bijvoorbeeld eveneens betrekking heeft op na de splitsing ontstane verplichtingen tot schadevergoeding uit hoofde van een voor de splitsing aangegane overeenkomst, of in verband met de ontbinding of wijziging van een dergelijke overeenkomst. Gedurende de latere parlementaire behandeling kwam de regering enigszins terug op deze ruime uitleg van de aansprakelijkheid van artikel 2:334t BW.¹²⁶ Meegedeeld werd dat het bij de aansprakelijkheid tot nakoming van verbintenissen uit artikel 2:334t lid 1 BW gaat om “schulden die op het moment van splitsing al wel bestaan, hoewel deze nog niet opeisbaar behoeven te zijn. Schulden uit toekomstige vorderingen die nog niet zijn ontstaan, vallen hieronder niet.” De aansprakelijkheid voor een verplichting tot schadevergoeding die na de splitsing is ontstaan bijvoorbeeld als gevolg van een ontbinding of wijziging van een overeenkomst door toepassing van artikel 2:334r lid 3 BW, rust dus uitsluitend op de rechtspersoon waarnaar de rechtsverhouding bij de splitsing overging.¹²⁷ Een verplichting tot betaling van schadevergoeding ex artikel 6:162 BW, voortvloeiend uit een vóór de splitsing gepleegde onrechtmatige daad, waarvoor de splitsende rechtspersoon aansprakelijk is, valt daarentegen wel onder artikel 2:334t BW. Hetzelfde geldt voor de verplichting tot het betalen van een schadevergoeding ex artikel 6:74 BW in verband met een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis door de splitsende rechtspersoon voorafgaande aan de splitsing.

124 Artikel 2:334s lid 4 BW.

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

126 Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 10/11.

127 Zie ook: C.H.C. Overes in *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.), *Fusie en splitsing*, artikel 2:334t BW aantekening 3.

De artikelen 6:6 e.v. BW betreffende de hoofdelijke verbondenheid zijn van overeenkomstige toepassing op de aansprakelijkheid van artikel 2:334t BW met inachtneming van de beperkingen op deze aansprakelijkheid in het derde en vierde lid van dit artikel.¹²⁸ Het derde en vierde lid van artikel 2:334t BW bevatten enkele beperkingen op de ruime hoofdregel van artikel 2:334t lid 1 BW. Daarbij is van belang of sprake is van een deelbare of van een ondeelbare verbintenis. Voor ondeelbare verbintenissen zijn de verkrijgende rechtspersonen en de afsplitsende rechtspersoon elk voor het geheel aansprakelijk tot nakoming.¹²⁹ Is echter sprake van een deelbare verbintenis, dan is de rechtspersoon waarnaar de verbintenis is overgegaan (of waarbij die verbintenis is achtergebleven) voor het geheel aansprakelijk tot nakoming en is de aansprakelijkheid van de andere bij de splitsing betrokken rechtspersonen beperkt tot de waarde van het vermogen dat zij bij de splitsing verkregen (of behielden).¹³⁰ Voor zowel ondeelbare als deelbare verbintenissen bepaalt artikel 2:334t lid 4 BW dat andere rechtspersonen dan de rechtspersoon waarnaar de verbintenis is overgegaan (of waarbij de verbintenis is achtergebleven) slechts tot nakoming zijn gehouden wanneer deze rechtspersoon tekort is geschoten in de nakoming van de verbintenis. De aansprakelijkheid van de andere rechtspersonen is dus een subsidiaire aansprakelijkheid naast de (primaire) aansprakelijkheid van de rechtspersoon waarnaar de verbintenis overging (of waarbij deze achterbleef). Wat onder een deelbare of ondeelbare verbintenis moet worden verstaan, blijkt niet uit de splitsingsregeling en de bijbehorende wetsgeschiedenis. Het oude BW bevatte een regeling over deelbare en ondeelbare verbintenissen welke echter niet in het huidige BW werd opgenomen omdat deze overbodig werd geacht naast de regeling van de hoofdelijke verbondenheid in de artikelen 6:6 e.v. BW.¹³¹ Artikel 6:6 lid 2 BW bepaalt dat twee of meer schuldenaren hoofdelijk verbonden zijn tot nakoming wanneer de prestatie die zij verschuldigd zijn ondeelbaar is.¹³² Of een verbintenis deelbaar of ondeelbaar is, hangt dus af van de deelbaarheid van de prestatie waartoe de verbintenis verplicht. Overes stelt dat het van de aard van de prestatie afhangt of deze deelbaar is en dit het geval is indien door het splitsen van de prestatie haar wezen niet wordt aangetast.¹³³ De betaling van een geldbedrag¹³⁴ of de levering van een soortzaak kunnen deelbare prestaties zijn. In de Asser wordt betoogd dat de prestatie die het voorwerp is van een verbintenis om te doen, ondeelbaar is indien zij niet kan worden verdeeld in een aantal prestaties die alleen kwantitatief, niet kwalitatief van het geheel verschillen, zoals de verbintenis om een portret te schilderen, om statuten van een NV te maken of om een huis te bouwen.¹³⁵

128 Artikel 2:334t lid 5 BW.

129 Artikel 2:334t lid 2 BW.

130 Artikel 2:334t lid 3 BW.

131 Deze regeling was opgenomen in artikel 1332 tot en met 1339 BW (oud).

132 Of wanneer of uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij ten aanzien van eenzelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn.

133 C.H.C. Overes, *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.), Fusie en splitsing, artikel 2:334t BW aantekening 4.

134 HR 24 juni 1994, NJ 1995, 578.

135 Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-I* (2012), nr. 105. Als voorbeelden van deelbare prestaties worden hier genoemd de prestatie bij de verbintenis om gedurende een aantal uren arbeid te verrichten of om een zekere hoeveelheid schoenen te vervaardigen.

7.3.8 De overgang van de arbeidsovereenkomst bij splitsing

In sommige gevallen zal het voor de werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft met een splitsende werkgever niet eenvoudig zijn vast te stellen bij welke werkgever hij zijn arbeidsovereenkomst voortzet. Wanneer het vermogensbestanddeel waarvoor of waarbij de werknemer werkzaam is bij de splitsing wordt verdeeld over verschillende rechtspersonen zou de werknemer, gelet op de hoofdregel van artikel 2:334j lid 1 BW, zelfs meerdere werkgevers kunnen hebben na de splitsing van zijn werkgever. De arbeidsovereenkomst van de werknemer van de splitsende rechtspersoon kan echter niet worden gesplitst op grond van artikel 2:334j lid 2 of 3 BW. In de memorie van toelichting werd meegedeeld dat artikel 2:334j BW niet geldt voor arbeidsovereenkomsten, maar deze op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW overgaan op de rechtspersoon die de onderneming of het ondernemingsonderdeel verkrijgt waarin de werknemer werkzaam is.¹³⁶ Wanneer een splitsende rechtspersoon uit duidelijk af te bakenen ondernemingsactiviteiten bestaat en deze ondernemingsactiviteiten in hun geheel worden toegesplitst naar een verkrijgende rechtspersoon, gaat de arbeidsovereenkomst in zijn geheel over en is duidelijk wie na de splitsing de nieuwe werkgever van de werknemer zal zijn. Dat is echter anders wanneer de vermogensbestanddelen die de ondernemingsactiviteit vormen waarbij de werknemer werkzaam is bij de splitsing worden verdeeld over twee of meer rechtspersonen en de arbeidsovereenkomst niet in overwegende mate is verbonden met een bepaald deel van deze vermogensbestanddelen. Bij afsplitsing zou deze werknemer dan op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW achterblijven bij de afsplitsende rechtspersoon. Bij een zuivere splitsing is dat minder eenvoudig omdat de splitsende werkgever van de werknemer na de splitsing ophoudt te bestaan. De werknemer zou zich dan volgens de memorie van toelichting noch op de artikelen 7:662 e.v. BW, noch op artikel 2:334j BW kunnen beroepen. Mijns inziens geldt artikel 2:334j in beginsel ook voor arbeidsovereenkomsten. Ik begrijp deze mededeling in de memorie van toelichting zo dat daarmee is bedoeld dat het niet mogelijk is arbeidsovereenkomsten gedeeld te laten overgaan met toepassing van artikel 2:334j lid 2 en 3 BW.¹³⁷ De arbeidsovereenkomst kan namelijk als bijzondere in Titel 10 Boek 7 BW gereuleerde overeenkomst in geen enkel geval worden gesplitst, tenzij de werknemer daarmee instemt. Artikel 2:334j lid 1 en 2 BW bevatten te dien aanzien geen voorrangregel op basis waarvan een eenzijdige opsplitsing van de arbeidsovereenkomst in die gevallen wel mogelijk zou zijn. Ook indien de splitsing niet tevens een overgang van onderneming is, kan de arbeidsovereenkomst op grond van het splitsingsvoorstel dus uitsluitend in haar geheel overgaan naar een verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing, of achterblijven bij de afsplitsende rechtspersoon. In deze situatie bepalen

¹³⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 14.

¹³⁷ Ik leid dit af uit de mededeling van de regering dat het verzetsrecht van artikel 2:334l BW openstaat voor werknemers en zij zich "ook buiten de verzetprocedure, en in het bijzonder ook na afloop van de verzettermijn van een maand,(kunnen) beroepen op de toepasselijkheid van de artikelen 1639aa e.v., die bepalen dat arbeidsovereenkomsten van rechtswege mee overgaan met de onderneming of het onderdeel daarvan waarin de werknemer werkzaam was." Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 15. Vgl. B. Wessels, Splitsing van het onsplitbare?, S&V 1997, p. 182 en met Wessels J. Roest, Positie van werknemers en crediteuren bij juridische splitsing van rechtspersonen, S&V 1997, p. 192.

de splitsingspartijen zelf naar welke verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing de arbeidsovereenkomst (in haar geheel) overgaat en of de arbeidsovereenkomst overgaat in geval van afsplitsing. Ik meen dat wanneer het splitsingsvoorstel niet verenigbaar is met de beschermingsgedachte achter de artikelen 7:662 e.v. BW, of de splitsing wordt misbruikt om deze artikelen te omzeilen, de werknemer zich op grond van artikel 2:334j jo. 334l BW kan verzetten tegen wat de splitsingspartijen ten aanzien van het al dan niet overgaan van zijn arbeidsovereenkomst besloten.¹³⁸

Zoals de arbeidsovereenkomst bij splitsing in haar geheel overgaat en niet eenzijdig opgesplitst kan worden over verschillende bij de splitsing betrokken rechtspersonen, kan ook een daarin opgenomen concurrentiebeding na de splitsing niet gaan gelden tussen de werknemer en meer dan één bij de splitsing betrokken rechtspersoon. De verplichtingen van de werknemer op grond van een concurrentiebeding heeft hij na de splitsing uitsluitend jegens de rechtspersoon waarnaar zijn arbeidsovereenkomst is overgegaan of waarbij zijn arbeidsovereenkomst is achtergebleven. In de memorie van toelichting op artikel 2:334j BW werd de overeenkomst, waarbij een wederpartij zich heeft verplicht niet met de splitsende rechtspersoon in concurrentie te treden, als voorbeeld genoemd van een overeenkomst die op grond van artikel 2:334j lid 2 of lid 3 BW kan worden gesplitst.¹³⁹ Dit voorbeeld leidde in de literatuur tot enige verwarring over de vraag of hiermee werd bedoeld op een concurrentiebeding ex artikel 7:653 BW.¹⁴⁰ Uit de memorie van toelichting blijkt echter dat niet werd bedoeld op het concurrentiebeding van een werknemer ex artikel 7:653 BW, maar op andersoortige non-concurrentie en andere marktverdelingsafspraken van de splitsende rechtspersoon met andere (rechts)personen.¹⁴¹

7.3.9 De werknemer als schuldeiser en contractspartij bij splitsing

De werknemers van een splitsende rechtspersoon en, indien vermogen wordt afgesplitst naar een ten tijde van de fusie reeds bestaande rechtspersoon, de werknemers van de ten tijde van de splitsing reeds bestaande verkrijgende rechtspersoon, kunnen als schuldeiser en contractspartij van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen een beroep doen op de hiervoor besproken artikelen 2:334j, 334k, 334l, 334r, 334s, en 334t BW.

138 Zie ook F.K. Buijn in: F.K. Buijn, R. Nieuworp en P.J.H.M. Simonis, *Splitsing van rechtspersonen*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 1996, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 7 en 28, R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 265. Zie anders: A.F.M. Dorresteyn (red), *Juridische splitsing van vennootschappen*, Arnhem: Gouda Quint 1998, p. 20 en W.J. Oostwouder, *Juridische splitsing en de belangen van werknemers*, SMA 1996/9, p. 547.

139 Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 13.

140 Zie W.J. Oostwouder, *juridische splitsing en de belangen van werknemers*, SMA 1996/9, p. 542 (noot 18) en R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 273/274.

141 De memorie van toelichting op artikel 2:322 BW uit de fusieregeling bevat een vergelijkbaar voorbeeld van twee bij de fusie betrokken rechtspersonen die onderling niet verenigbare marktverdelingsafspraken hebben met dezelfde fabrikant voor een bepaald product (zie paragraaf 7.2.3).

Zekerheidstelling of waarborg voor uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen

De werknemer van de splitsende rechtspersoon kan zich als respectievelijk schuldeiser en contractspartij beroepen op artikel 2:334k jo. 2:334l BW wanneer gegronde vrees bestaat dat de financiële positie van de verkrijgende rechtspersoon, of in geval van afsplitsing van de splitsende rechtspersoon, door de splitsing zal verslechteren.¹⁴² In de memorie van toelichting bij de splitsingsregeling werd expliciet meegedeeld dat de mogelijkheid in verzet te komen ook openstaat voor werknemers.¹⁴³ De redactie van artikel 2:334k BW is vrijwel gelijk aan zijn pendant in de fusieregeling. Wat de vorderingen betreft waarvoor de werknemer op grond van artikel 2:334k BW een zekerheidstelling of een waarborg kan verlangen, verwijs ik naar paragraaf 7.2.4 over de zekerheidstelling en waarborg voor vorderingen van de werknemer bij fusie. Op zich zal bij een splitsing sneller (dan bij een fusie) aanleiding bestaan voor een beroep door de werknemer op de verzetsgrond van artikel 2:334k jo. 2:334l BW in verband met het feit dat de vermogenstoestand van zijn werkgever na de splitsing minder waarborgen zal bieden. Hoewel bij (af)splitsingen van NV's of BV's, naast jegens aandeelhouders van de splitsingspartijen, ook jegens de werknemer als schuldeiser of contractspartij een beschermende functie uitgaat van de verplichte accountantscontrole in de artikelen 2:334aa en 2:334bb BW,¹⁴⁴ wordt bij splitsing immers (het) vermogen van één rechtspersoon over één of meer rechtspersonen verdeeld waardoor de kans groter is dat werknemers hun vorderingen na de splitsing op een kleiner vermogen kunnen verhalen. Alleen wanneer de splitsende rechtspersoon vermogen afsplitst naar een bestaande rechtspersoon kan het vermogen waarop de werknemer zijn vorderingen kan verhalen groter worden. Aan de andere kant wijs ik erop dat een verzet ex artikel 2:334k jo. 2:334l BW, gelet op de in paragraaf 7.3.4 besproken jurisprudentie van de Rechtbank Amsterdam en de Ondernemingskamer, in de meeste gevallen zal stranden in verband met de aansprakelijkheid van de splitsingspartijen ex artikel 2:334t BW.

Als de splitsende rechtspersoon ten tijde van de splitsing is betrokken bij een juridische procedure dient bij de beantwoording van de vraag welke rechtspersoon de procedure voortzet, onderscheid te worden gemaakt tussen zuivere splitsing en afsplitsing. In geval van een zuivere splitsing zijn de gevolgen voor de lopende procedure hetzelfde als bij fusie omdat (ook) hier de splitsende rechtspersoon op het moment van splitsing verdwijnt. Verzocht de werknemer of de werkgever voor de

142 Evenals bij fusie kunnen ook andere als gevolg van de arbeidsovereenkomst in een rechtsverhouding tot de werkgever staande partijen aan wie de werkgever verplicht is tot het verrichten van betalingen, zoals vakorganisaties en pensioenfondsen, kunnen deze zekerheid verlangen.

143 Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 15.

144 Op grond van artikel 2:334aa lid 1 BW dient de accountant een verklaring af te geven over de redelijkheid van de ruilverhouding van de aandelen. Bij een afsplitsing dient de accountant te verklaren dat de waarde van het vermogen dat de splitsende rechtspersoon behoudt ten minste gelijk is aan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal plus de wettelijk en statutaire reserves (artikel 2:334aa lid 2 BW) en op grond van artikel 2:334bb BW dient de accountant te verklaren dat de waarde van het naar de verkrijgende rechtspersoon overgegangene vermogen ten minste gelijk is aan het bedrag dat op de toegekende aandelen moet worden gestort. Deze bepalingen hebben dezelfde strekking als het hiervoor in paragraaf 7.2.4 aangehaalde artikel 2:328 uit de fusieregeling.

zuivere splitsing om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:685 BW, of maakte de werknemer voorafgaande aan de zuivere splitsing een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag (ex artikel 7:681 BW) aanhangig, dan treedt bij deze procedure op het moment van splitsing de onder algemene titel opvolgende rechtsopvolger automatisch in de plaats van de zich zuiver splitsende rechtspersoon.¹⁴⁵ Deze automatische vervanging zou bij zuivere splitsing tot gevolg kunnen hebben dat de twee of meer verkrijgende rechtspersonen – en dus niet alleen de verkrijgende rechtspersoon waarnaar de arbeidsovereenkomst overging – partij worden in de procedure. Uit het arrest van de Hoge Raad van 11 maart 2005¹⁴⁶ kan mijns inziens echter worden afgeleid dat wanneer een procespartij tijdens de procedure als gevolg van zuivere splitsing ophoudt te bestaan en de met de procedure verbonden vermogensbestanddelen zijn overgegaan naar een verkrijgende rechtspersoon, uitsluitend deze verkrijgende rechtspersoon partij wordt in deze procedure. In geval van een voorafgaande aan de zuivere splitsing aanhangig gemaakte ontbindingsprocedure of procedure ex artikel 7:681 BW zijn de andere verkrijgende rechtspersonen dan de rechtspersoon waarnaar de arbeidsovereenkomst overging op grond van artikel 2:334t BW wel subsidiair en tot de waarde van het vermogen dat naar hen werd toegesplitst aansprakelijk voor een aan de werknemer toegewezen ontslagvergoeding. Dat geldt eveneens voor de ontslagvergoeding uit hoofde van een na de zuivere splitsing aanhangig gemaakte procedure ex artikel 7:681 BW in verband met een voorafgaand aan de splitsing gedane kennelijk onredelijke opzegging.

Alleen wanneer de procespartij hangende de instantie ophoudt te bestaan en door een ander onder algemene titel wordt opgevolgd, zet deze rechtsopvolger de instantie als procespartij op eigen naam voort.¹⁴⁷ Bij afsplitsing is dit niet aan de orde omdat de afsplitsende rechtspersoon na de splitsing blijft bestaan. In deze situatie geldt naar mijn mening voor ten tijde van de splitsing aanhangige verzoekschrift- en dagvaardingsprocedures hetzelfde als bij overgang van de onderneming.¹⁴⁸ Daarnaast zijn ook bij afsplitsing de andere bij de splitsing betrokken rechtspersonen dan de rechtspersoon waarnaar de arbeidsovereenkomst overging of achterbleef op grond van artikel 2:334t BW subsidiair en tot de waarde van het vermogen dat naar hen werd afgesplitst aansprakelijk voor een aan de werknemer toegewezen ontslagvergoeding

145 Vgl. HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 63.

146 HR 11 maart 2005, JOR 2005/117. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat wanneer een procespartij tijdens de procedure als gevolg van zuivere splitsing heeft opgehouden te bestaan en de met de procedure verbonden vermogensbestanddelen zijn overgegaan naar een verkrijgende rechtspersoon, uitsluitend beroep kan worden ingesteld tegen deze verkrijgende rechtspersoon. In deze procedure richtte de wederpartij de cassatiedagvaarding aan de als gevolg van de zuivere splitsing verdwenen wederpartij. Naar het oordeel van de Hoge Raad behoefde dit niet tot niet-ontvankelijkheid van de wederpartij te leiden indien deze niet wist en redelijkerwijs ook niet behoefde te weten dat een rechtsovergang aan de zijde van haar wederpartij had plaatsgevonden. De Hoge Raad nam in dit geval echter aan dat de rechtsopvolger van de als gevolg van de zuivere splitsing verdwenen wederpartij in cassatie was verschenen en overwoog, onder verwijzing naar zijn hiervoor in paragraaf 7.2.4 aangehaalde arrest van 15 juni 2001 (NJ 2001, 435 en JOR 2001/156), dat deze het geding in cassatie namens de gesplitste rechtspersoon kon voortzetten dan wel op haar eigen naam.

147 HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 63.

148 Zie paragraaf 5.6.4.

in een ten tijde van de afsplitsing aanhangige ontbindingsprocedure of procedure ex artikel 7:681 BW.¹⁴⁹

Wijziging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst naar aanleiding van de splitsing

Wanneer de arbeidsovereenkomst van de werknemer als gevolg van de splitsing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven, dan kunnen de werknemer en de werkgever¹⁵⁰ deze door de rechter laten wijzigen of ontbinden, zo volgt uit artikel 2:334r BW. Wat de ontbinding of wijziging van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 2:334r betreft en de wijze waarop deze zich verhoudt tegenover artikel 7:685 BW en de op basis van de artikelen 7:611, 7:613 BW en 6:248 BW ontwikkelde normen, verwijs ik naar hetgeen ik daarover in paragraaf 7.2.4 bij fusie stelde. Evenals artikel 2:322 BW bij fusie, kan artikel 2:334r BW wel een rol spelen indien het concurrentiebeding van de werknemer of van de voormalige werknemer van een splitsende rechtspersoon als gevolg van de splitsing zwaarder is gaan drukken en dit een nadelige invloed heeft op zijn arbeidsmarktpositie. Bij splitsing zal dit echter minder snel aan de orde zijn dan bij fusie. Anders dan een fusie leidt een splitsing doorgaans juist niet tot schaalvergroting van de werkgever. Integendeel, als gevolg van de splitsing zullen bijvoorbeeld het geografische afzetgebied, het productassortiment en/of het aantal filialen van de werkgever eerder kleiner worden. Daardoor ligt weinig voor de hand dat een vóór de splitsing overeengekomen concurrentiebeding zwaarder zou kunnen gaan drukken als gevolg van de splitsing.¹⁵¹ Dat hoeft echter niet altijd het geval te zijn. Wanneer de werknemer in geval van afsplitsing overgaat naar een grotere werkgever, of wanneer als gevolg van de afsplitsing een veel grotere werkgever ontstaat, kan echter wel sprake zijn van het zwaarder gaan drukken van het concurrentiebeding. De werknemer kan dan afhankelijk van de aard of ernst van die omstandigheden op grond van artikel 2:334r jo. 7:653 lid 2 BW de ongedaanmaking dan wel matiging van zijn concurrentiebeding vorderen.

Aansprakelijkheid splitsingspartijen voor uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen

De verkrijgende rechtspersonen en (in geval van afsplitsing¹⁵²) de afsplitsende rechtspersoon zijn op grond van artikel 2:334t lid 1 BW aansprakelijk voor de verplichtingen die ten tijde van de splitsing zijn voortgevloeid uit de op dat moment bestaande én de op dat moment reeds geëindigde arbeidsovereenkomsten van de gesplitste

149 Dat geldt eveneens voor de ontslagvergoeding uit hoofde van een na de afsplitsing aanhangig gemaakte procedure ex artikel 7:681 BW in verband met een voorafgaand aan de afsplitsing gedane kennelijk onredelijke opzegging.

150 Dit kan afhankelijk van het tijdstip van instelling van de vordering alsmede van het type splitsing de verdwijnende splitsingspartij, de afsplitsende of de verkrijgende splitsingspartij zijn.

151 Vgl. het in paragraaf 7.2.4 besproken arrest van het Hof te Amsterdam van 23 oktober 2007, NJ 2008, 267, JAR 2008/68 en RAR 2008, 17.

152 In geval van afsplitsing kan zowel de werknemer wiens arbeidsovereenkomst is achtergebleven bij de afsplitsende rechtspersoon als de werknemer wiens arbeidsovereenkomst is overgegaan zich beroepen op respectievelijk de aansprakelijkheid van de verkrijgende rechtsperso(o)n(en) en de aansprakelijkheid van de afsplitsende rechtspersoon (en eventuele andere verkrijgende rechtspersonen bij de afsplitsing) ex artikel 2:334t BW.

rechtspersoon.¹⁵³ Bij ten tijde van splitsing uit de arbeidsovereenkomst voortgevloede verplichtingen kan gedacht worden aan dezelfde verplichtingen als die waarvoor de vervreemder bij overgang van onderneming op grond van artikel 7:663 BW gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger aansprakelijk is, zoals achterstallige loonvorderingen en opgebouwde aanspraken op vakantiegeld. Toekomstige vorderingen uit de arbeidsovereenkomst ten tijde van de splitsing, zoals het na de splitsing te ontvangen loon, vallen niet onder de aansprakelijkheid van artikel 2:334t BW. Datzelfde geldt voor de vergoeding die na de splitsing aan de werknemer wordt toegekend in verband met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, maar niet voor de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW wegens kennelijk onredelijk ontslag wanneer de opzegging plaatsvond voorafgaande aan de splitsing. In dat laatste geval is namelijk sprake van een tijdens de splitsing bestaande verplichting in de zin van artikel 2:334t BW.¹⁵⁴

De werknemer kan de andere rechtspersonen pas aanspreken voor de verplichtingen die ten tijde van de splitsing zijn voortgevloeid uit de arbeidsovereenkomst nadat de rechtspersoon waarbij de arbeidsovereenkomst is achtergebleven, of waarnaar de arbeidsovereenkomst is overgegaan niet nakomt.¹⁵⁵ Omdat het hierbij in beginsel altijd zal gaan om geldbedragen – en dus om deelbare verbintenissen in de zin van artikel 2:334t lid 3 BW, is uitsluitend de rechtspersoon waarnaar de arbeidsovereenkomst bij de splitsing overging (of in geval van afsplitsing die waarbij de arbeidsovereenkomst achterbleef) voor de gehele verplichting aansprakelijk en is de subsidiaire aansprakelijkheid van de andere bij de splitsing betrokken rechtspersonen beperkt tot de waarde van het vermogen dat zij bij de splitsing verkregen (of behielden).

Aansprakelijkheid voor verplichtingen uit in het splitsingsvoorstel 'vergeten' arbeidsovereenkomsten

Wanneer de arbeidsovereenkomst van de splitsende rechtspersoon en de werknemer al voor de splitsing eindigde, kunnen hieruit ook na de splitsing nog verplichtingen voortvloeien. Voorbeelden van dergelijke verplichtingen uit reeds voor de splitsing geëindigde arbeidsovereenkomsten zijn de verplichting tot betaling van een schadevergoeding op grond van een na de splitsing door de werknemer aanhangig gemaakte procedure ex artikel 7:658 BW¹⁵⁶ of artikel 7:681 BW dan wel een na de splitsing ontstane aanspraak uit een winstdelingsregeling van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst voor de splitsing eindigde. Is in het splitsingsvoorstel niets vermeld

153 Tijdens de parlementaire behandeling van de splitsingsregeling werd meegedeeld dat de werknemer als iedere schuldeiser bescherming kan ontfangen aan artikel 2:334t BW. Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 5, p. 6.

154 Vgl. HR 14 november 2008, JAR 2008/318.

155 Artikel 2:334t lid 4 BW.

156 Naar aanleiding van een tekortschieten in de zorgplicht voorafgaand aan de splitsing. Zie als voorbeelden van een (veel) later aangenomen aansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW de casus in HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 m.nt. Vranken (De Schelde/ Erven Wijkhuizen) en HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 m.nt. Vranken (De Schelde/ Erven Cijssouw – dit laatste arrest was een vervolg op HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. Stein), HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. Asser (Unilever/Dikmans), HR 4 juni 2004, JAR 2004/287 (Erven Van Oostrum/Gemex), HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285 m.nt. Brunner (Installatiegroep Van Buuren Van Swaay/Erven Heesbeen).

over de aansprakelijkheid voor deze verplichtingen, dan zou sprake kunnen zijn van 'vergeten' vorderingen. Bij een zuivere splitsing zijn dan op grond van artikel 2:334s lid 2 en 4 BW alle verkrijgende rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk jegens de voormalige werknemer. Is sprake van een afsplitsing, waarbij niet het gehele vermogen van de afsplitsende rechtspersoon is overgegaan, dan is op grond van artikel 2:334s lid 3 BW de afsplitsende rechtspersoon aansprakelijk jegens deze voormalige werknemer. De verkrijgende rechtspersonen bij de afsplitsing zijn in dit geval subsidiair aansprakelijk ex artikel 2:334t BW.

Van hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 2:334s BW is slechts sprake wanneer aan de hand van het splitsingsvoorstel niet kan worden bepaald aan welke rechtspersoon de schuld aan de voormalige werknemer werd toebedeeld. De schuld aan de werknemer wiens arbeidsovereenkomst reeds voor de splitsing eindigde, is mijns inziens verbonden aan de vermogensbestanddelen die de ondernemingsactiviteit vormen waarbij deze voormalige werknemer werkzaam was. Indien deze vermogensbestanddelen ten tijde van de splitsing nog aanwezig – identificeerbaar – waren en duidelijk is naar welke rechtspersoon deze vermogensbestanddelen overgingen, dan is deze rechtspersoon aansprakelijk. In deze situatie zijn de eventuele andere verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing dan wel de afsplitsende rechtspersoon subsidiair aansprakelijk ex artikel 2:334t BW.

7.3.10 Splitsing en overgang van onderneming

In artikel 7:662 lid 2 sub a BW is naast de fusie de splitsing als 'overgangsvariant' opgenomen. Evenals het geval is bij fusie zijn de splitsingsregeling en de artikelen 7:662 e.v. BW naast elkaar van toepassing op werknemers van de splitsende rechtspersoon.¹⁵⁷ Uit de wetsgeschiedenis bij de in de vorige paragrafen besproken bepalingen uit de splitsingsregeling waarin de belangen van schuldeisers en contractspartijen van de splitsende rechtspersonen worden beschermd, bleek dat alleen artikel 2:334j lid 2 en 3 BW niet van toepassing zijn op arbeidsovereenkomsten omdat deze niet eenzijdig mogen worden gesplitst. Anders dan een fusie waarbij het vermogen van de verdwijnende fuserende rechtspersoon in zijn geheel overgaat, is een splitsing niet altijd een overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW. Pas wanneer bij de splitsing vermogen overgaat dat een economische eenheid vormt en deze economische eenheid na de overgang haar identiteit behoudt, zijn de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing.¹⁵⁸ De splitsende rechtspersoon zal echter niet altijd bestaan uit één of meer duidelijk af te bakenen ondernemingsactiviteiten ondergebracht in afdelingen, divisies of productgroepen die elk in hun geheel en met behoud van identiteit overgaan naar één rechtspersoon. Bovendien laat de splitsingsregeling de splitsingspartijen vrij in het bepalen van de omvang en het type vermogen dat wordt (af)gesplitst. Het vermogen zou over zoveel rechtspersonen, en op een dusdanige wijze kunnen worden verdeeld dat op

157 Vgl. P.W. van Straalen, Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 57 en R.M. Beltzer, Overgang van onderneming in de private en publieke sector, Deventer: Kluwer 2008, p. 251/252.

158 Indien een in staat van faillissement verkerende rechtspersoon zich conform artikel 2:334b lid 7 BW splitst zijn de artikelen 7:662 e.v. BW op grond van artikel 7:666 BW niet van toepassing.

geen van hen een onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW is overgegaan.¹⁵⁹ In dit geval zal aan de hand van het splitsingsvoorstel moeten worden vastgesteld naar welke verkrijgende rechtspersoon de arbeidsovereenkomst overgaat, of (in geval van afsplitsing) dat de arbeidsovereenkomst achterblijft bij de splitsende rechtspersoon. In paragraaf 7.3.8 betoogde ik dat de werknemer zich in dat geval op grond van artikel 2:334j jo. 2:334l BW zou kunnen verzetten tegen hetgeen de bij de splitsing betrokken rechtspersonen in het splitsingsvoorstel bepaalden omtrent zijn arbeidsovereenkomst.

Heeft de splitsing wel het gevolg dat vermogen overgaat dat een economische eenheid vormt en behoudt deze economische eenheid na de overgang haar identiteit, dan zijn zowel de artikelen 7:662 e.v. BW als de splitsingsregeling van toepassing. Op dezelfde gronden als bij de samenloop van de artikelen 7:662 e.v. BW en de fusieregeling kan de werknemer zich naar mijn mening in geval van samenloop van de artikelen 7:662 e.v. BW en de splitsingsregeling beroepen op de voor hem meest gunstige bepaling. De rechten en verplichtingen die op het moment van de splitsing voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten van de werknemers die werkzaam zijn in de onderneming die als gevolg van de splitsing overgaat naar een verkrijgende rechtspersoon, gaan zowel op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege als op grond van de splitsingsregeling onder algemene titel over op de verkrijgende rechtspersoon.

7.3.11 Samenloop artikelen 7:662 e.v. BW en splitsingsregeling

De overgang van de arbeidsovereenkomst onder algemene titel op grond van artikel 2:334a BW komt op hetzelfde neer als het op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege overgaan van de rechten en verplichtingen die voor de werkgever voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Toch heeft het van toepassing zijn van de artikelen 7:662 e.v. BW op de als gevolg van een splitsing onder algemene titel overgegangene arbeidsovereenkomst enkele eigenaardige consequenties ten opzichte van een 'gewone' overgang ten gevolge van een overeenkomst op grond van artikel 7:662 lid 2 onder a BW.

(Hoofdelijke) aansprakelijkheid jegens werknemers na splitsing

De in artikel 7:663 BW opgenomen hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemdende werkgever voor de op het tijdstip van de overgang¹⁶⁰ uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen gedurende een jaar na de splitsing heeft uitsluitend betekenis wanneer sprake is van afsplitsing. Alleen bij deze splitsingsvariant blijft de 'vervreemdende' splitsende werkgever immers bestaan na de splitsing. Bij zuivere splitsing houdt de splitsende rechtspersoon bij de splitsing op te bestaan

159 Beltzer schetst de situatie waarin een schoonmaakbedrijf de acht schoonmaakmachines, die vrijwel het gehele vermogen van het schoonmaakbedrijf vormen, aan vier verkrijgende rechtspersonen toesplitst en stelt de vraag of dan vier ondernemingen ex artikel 7:662 BW zijn overgegaan. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 255.

160 Dit is op grond van artikel 2:334n lid 1 BW de dag nadat de notariële akte van splitsing werd verleden.

waardoor nadien dus geen sprake kan zijn van een na de overgang medeaansprakelijke vervreemdende werkgever in de zin van artikel 7:663 BW. Op grond van artikel 2:334t BW kan de werknemer, naast de verkrijgende rechtspersoon waarnaar zijn arbeids-overeenkomst is overgegaan, alle andere verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing en (in geval van afsplitsing) de afsplitsende rechtspersoon aanspreken voor de verplichtingen die ten tijde van de splitsing uit zijn arbeidsovereenkomst waren voortgevloeid. Ook de werknemer die bij een afsplitsing niet is overgegaan naar een verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing en op wie de artikelen 7:662 e.v. BW dus niet van toepassing zijn, kan de verkrijgende rechtsperso(n)en bij de splitsing aanspreken voor deze verplichtingen. Deze aansprakelijkheid voor tijdens de splitsing uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen op grond van artikel 2:334t lid 1, 2 en 4 BW is anders dan de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder ex artikel 7:663 BW niet aan een vervaltermijn gebonden. De werknemer van de gesplitste werkgever kan de andere bij de splitsing betrokken rechtspersonen, afhankelijk van het tijdstip van het opeisbaar worden van de uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende vordering, dus nog vijf jaar na de splitsing aanspreken.¹⁶¹ Anders dan de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder ex artikel 7:663 BW is de aansprakelijkheid van de andere bij de splitsing betrokken rechtspersonen ex artikel 2:334t BW echter een subsidiaire en geen hoofdelijke en zijn de andere bij de splitsing betrokken rechtspersonen aansprakelijk tot de waarde van het vermogen dat zij bij de splitsing verkregen (of behielden). Gelet hierop kunnen voor de bij een afsplitsing naar een verkrijgende rechtspersoon overgaande werknemer zowel de aansprakelijkheid van de afsplitsende werkgever ex artikel 7:663 BW als die ex artikel 2:334t BW van belang zijn.

Mocht de werknemer van een splitsende rechtspersoon al voor de splitsing redenen hebben te twijfelen aan de nakoming van de uit zijn arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen door de verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing, kan hij zijn (af)splitsende werkgever om een zekerheidstelling of waarborg verzoeken op grond van artikel 2:334k BW. Evenals bij de pendant van deze bepaling uit de fusieregeling zal dan wel sprake moeten zijn van een goed geïnformeerde werknemer. De werknemer moet de zekerheidstelling of waarborg voorafgaand aan de splitsing worden verlangd en moet tegen de weigering hiervan binnen één maand na de dag waarop de bij de splitsing betrokken rechtspersonen in een landelijk verspreid dagblad de deponering van het splitsingsvoorstel hebben aangekondigd verzet worden ingesteld. Daarnaast moet de werknemer bij zijn verzoek aannemelijk maken dat de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon minder waarborgen zal bieden. Indien geoordeeld zou worden dat de vermogenstoestand van een splitsende rechtspersoon niet minder waarborg zal bieden na de splitsing in verband met de (subsidiaire) aansprakelijkheid van de andere splitsingspartijen op grond van artikel 2:334t BW zal dat niet snel het geval zijn.

¹⁶¹ Artikel 3:308 BW.

Artikel 7:665 BW: bescherming bij ontbinding op verzoek werknemer na splitsing

Heeft de splitsing een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer tot gevolg en wordt de arbeidsovereenkomst om die reden ontbonden op grond van artikel 7:685 BW dan komt die reden met het oog op het toekennen van een vergoeding voor rekening van de werkgever op grond van artikel 7:665 BW. Indien de werkgever in geval van een splitsing op grond van artikel 2:334r BW de ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de werknemer zou vorderen, dient de rechter deze vordering mijns inziens te beoordelen als een ontbindingsverzoek ex artikel 7:685 (jo. 665) BW. De gronden voor deze door mij voorgestane analoge toepassing van artikel 7:685 BW bij een ontbindingsverzoek ex artikel 2:334r BW zijn dezelfde als door mij genoemd in paragraaf 7.2.6 in geval van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 2:322 BW bij fusie.

Artikel 7:665a BW: informatieverstrekking aan de werknemer bij splitsing

De door de splitsingspartijen op te stellen toelichting op het splitsingsvoorstel bevat voor werknemers relevante informatie over de geplande bedrijfsvoering na de fusie en over de gevolgen die de fusie heeft voor de werkzaamheden. Deze toelichting hoeft echter uitsluitend ter inzage te worden gelegd aan de leden of aandeelhouders. Gelet hierop is voor de werknemers van de splitsingspartijen artikel 7:665a BW, op basis waarvan hun werkgever hen dient te informeren over de juridische en sociale gevolgen van de overgang (splitsing) voor de werknemers én de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen, van belang. Artikel 7:665a BW geldt echter uitsluitend voor werkgevers waarbij geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld. Ter zake van dit onderscheid en de verhouding van artikel 7:665a BW tot de informatieverstrekking in het kader van het adviesrecht van de ondernemingsraad en de personeelsvertegenwoordiging op grond van de WOR verwijst ik naar hetgeen ik hierover in paragraaf 7.2.6 bij fusie betoogde.

Pensioen en anciënniteit gaan onder algemene titel over bij splitsing

Zoals reeds aan de orde kwam bij fusie gelden bij overgang van onderneming beperkingen bij de overgang van pensioentoezeggingen en spaarregelingen en bij de overgang van de door de werknemer opgebouwde anciënniteit. Evenals bij fusie gaan deze rechten bij splitsing zonder beperkingen onder algemene titel over op grond van artikel 2:334a BW. Als door mij betoogd in het kader van de overgang van deze rechten bij fusie heeft mijns inziens ook de bij splitsing overgaande werknemer de keuze tussen een overgang van deze rechten als bij overgang van onderneming dan wel een overgang van deze rechten onder algemene titel.

7.4 Combinatie splitsing en fusie en fusie of splitsing van een groepsmaatschappij

Combinatie splitsing en fusie – de fusie-splitsing joint venture

In paragraaf 7.3 noemde ik de joint venture als één van de methoden, naast die van juridische splitsing, waarmee een splitsing in economische zin kan worden bewerkstelligd. Twee rechtspersonen richten gezamenlijk een nieuwe rechtspersoon op en brengen daarin allebei ondernemingsactiviteiten en/of vermogen in. Bij de overdracht

van ondernemingsactiviteiten en/of vermogen aan deze rechtspersoon moeten de voor elk vermogensbestanddeel wettelijk voorgeschreven leveringsformaliteiten in acht worden genomen. Voorts kan de medewerking van contractspartijen en andere derden vereist zijn. De splitsingsregeling maakt echter naast deze 'economische joint venture' ook een 'fusie-splitsing joint venture' mogelijk. Bij deze fusie-splitsing joint venture vinden achtereenvolgens afsplitsingen en een fusie plaats. Eerst splitsen twee (of meer) rechtspersonen vermogen af naar een door elk van hen in het kader van de afsplitsing opgerichte rechtspersoon en vervolgens fuseren deze twee (of meer) verkrijgende rechtspersonen en ontstaat de joint venture. Het resultaat is een joint venture tussen de afsplitsende rechtspersonen waarbij zij de vermogensbestanddelen in twee stappen onder algemene titel hebben ingebracht in de fusie-splitsing joint venture.

De vraag is wat de consequenties van een dergelijke combinatie van de fusie- en splitsingsregeling zijn voor de aansprakelijkheid jegens de werknemers als schuldeisers en contractspartijen van de afsplitsende rechtspersonen. Voor de aansprakelijkheid ex artikel 2:334t BW van de afsplitsende rechtspersonen jegens hun bij de afsplitsing overgegangene werknemers heeft de fusie-splitsing joint venture geen consequenties. Ook nadat hun voormalige werknemers als gevolg van de fusie zijn overgegaan naar de fusie-splitsing joint venture blijven zij jegens hen aansprakelijk voor verplichtingen die ten tijde van de afsplitsing uit de arbeidsovereenkomsten waren voortgevloeid. Dat ligt niet anders bij hun aansprakelijkheid jegens deze werknemers als vervreemdende werkgevers ex artikel 7:663 BW. Hoewel de afsplitsingen direct worden gevolgd door de fusie van de verkrijgende rechtspersonen bij de afsplitsingen (waardoor de verkrijgers ex artikel 7:663 BW ophouden te bestaan), blijven de afsplitsende rechtspersonen gedurende een jaar na de overgang hoofdelijk aansprakelijk voor de nakoming van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten die ten tijde van de afsplitsingen bestonden.

Dat ligt anders bij de aansprakelijkheid van de verkrijgende rechtspersonen bij de afsplitsingen. Deze houden immers kort na de afsplitsing op te bestaan omdat zij met elkaar fuseren. Hun vermogen gaat echter onder algemene titel over op de fusie-splitsing joint venture. Gevolg van deze tweede vermogensovergang onder algemene titel is dat de aansprakelijkheid van de verkrijgende rechtspersonen bij de afsplitsingen ex artikel 2:334t BW overgaat op de fusie-splitsing joint venture. De fusie-splitsing joint venture wordt dus in plaats van de verdwijnende rechtspersonen bij de afsplitsingen (subsidiar) aansprakelijk voor de verplichtingen die ten tijde van de afsplitsingen waren voortgevloeid uit alle arbeidsovereenkomsten van de afsplitsende rechtspersonen.

Fusie of splitsing van een groepsmaatschappij en de gevolgen voor de 403-aansprakelijkheid

Indien de fuserende of splitsende rechtspersoon als moedermaatschappij een 403-verklaring voor haar (vrijgestelde) groepsmaatschappij heeft gedeponerd of een (vrijgestelde) groepsmaatschappij is van een moedermaatschappij die voor haar een 403-verklaring gedeponerd heeft, is de vraag wat het gevolg is voor deze 403-aansprakelijkheid. Bij fusie en splitsing gaat (het) vermogen van de fuserende of

splitsende rechtspersoon onder algemene titel over. Over het antwoord op de vraag of de 403-aansprakelijkheid van de fuserende of splitsende moedermaatschappij op grond van een door haar gedeponeerde 403-verklaring ook overgaat, zijn de meningen verdeeld in de literatuur.¹⁶² Zoals hiervoor gesteld volgt hij, die een ander onder algemene titel opvolgt, die ander op in diens bezit en houderschap met alle daaraan verbonden hoedanigheden en gebreken.¹⁶³ Dit moet aldus worden begrepen dat alle tot het overgaande vermogen behorende rechten en plichten overgaan en de verkrijger te dien aanzien de rechtspositie van de overdrager continueert. Hiervoor bleek dat overeenkomsten en ten tijde van de fusie of splitsing aanhangige procedures door de verkrijger op eigen naam en in de plaats van de fuserende of splitsende moedermaatschappij worden voortgezet. Op deze grond meen ik dat bij fusie of splitsing van de moedermaatschappij eveneens de aansprakelijkheid op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring onder algemene titel overgaat. Bovendien zouden schuldeisers en contractspartijen van de vrijgestelde groepsmaatschappij anders, zonder dat zij daarop enige invloed hebben, niet meer of in mindere mate gecompenseerd worden voor het gebrek aan inzicht in de financiële situatie van hun wederpartij. Dat de deponering van een 403-verklaring een eenzijdige rechtshandeling was van de fuserende of splitsende moedermaatschappij staat aan de overgang onder algemene titel niet in de weg. Bij dat laatste speelt tevens een rol dat de moedermaatschappij die de 403-verklaring heeft gedeponeed, dezelfde is die besluit tot een fusie of splitsing. De overgang onder algemene titel van de 403-aansprakelijkheid impliceert dat de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie of splitsing (eveneens) aansprakelijk wordt voor schulden van de vrijgestelde groepsmaatschappij van de fuserende of splitsende moedermaatschappij. Volgens Verbrugh zal deze problematiek in de praktijk niet tot problemen leiden omdat de verkrijgende rechtspersoon die door de fusie of splitsing de moedermaatschappij wordt van deze groepsmaatschappij, de bestaande 403-verklaring van de fuserende of splitsende moedermaatschappij zal willen vervangen door een eigen 403-verklaring.¹⁶⁴ Indien de fuserende of splitsende partijen in het fusie- of splitsingsvoorstel zouden bepalen dat de hoofdelijke aansprakelijkheid uit hoofde van een gedeponeerde 403-verklaring van een bij de fusie of splitsing betrokken moedermaatschappij niet overgaat, of niet op alle verkrijgende rechtspersonen overgaat, kunnen haar schuldeisers en contractspartijen zich hiertegen verzetten op grond van artikel 2:316 BW en artikel 2:334k jo. 334l BW.

162 Zie M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar juridische fusie, splitsing en omzetting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 99/100. Zie ook M.A. Verbrugh, *De gevolgen van een 403-verklaring voor schuldeisers bij juridische fusie en juridische splitsing*, Tijdschrift voor jaarrekeningenrecht 2006/2.

163 Artikel 3:116 BW.

164 M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar juridische fusie, splitsing en omzetting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 100/101 en 268. Zie voor de gevolgen voor de overblijvende aansprakelijkheid van intrekking van de 403-verklaring bij de splitsing p. 103/104 en 268-271.

Wanneer de vrijgestelde groepsmaatschappij waarvoor de moedermaatschappij een 403-verklaring heeft gedeponereerd, fuseert of zich zuiver splitst, kan de moedermaatschappij uitsluitend nog worden aangesproken voor de schulden van de groepsmaatschappij die tot het tijdstip van fusie of splitsing zijn ontstaan. Bij de fusie of zuivere splitsing houdt de groepsmaatschappij waarvoor de moedermaatschappij de 403-verklaring heeft gedeponereerd namelijk op te bestaan en de 403-verklaring is geen afhankelijk recht.¹⁶⁵

7.5 Conclusie

De bescherming van de belangen van schuldeisers en contractspartijen van de bij de fusie of (af)splitsing betrokken rechtspersonen vormt een belangrijk onderdeel van de fusie- en splitsingsregeling in Boek 2 BW. Dit omdat zij als gevolg van de vermogensovergang onder algemene titel (en dus zonder dat zij daarop invloed kunnen uitoefenen) te maken krijgen met een wederpartij met een ingrijpend gewijzigde vermogenspositie. Ter compensatie van de mogelijke nadelen die hieraan zijn verbonden, wordt in de fusie- en splitsingsregeling rekening gehouden met de belangen van schuldeisers en contractspartijen van de bij de fusie of (af)splitsing betrokken rechtspersonen. Zij kunnen een wijziging of ontbinding van hun overeenkomst vorderen en verlangen dat zekerheid wordt gesteld of een andere waarborg wordt gegeven voor de nakoming van verplichtingen van de fuserende of (af)splitsende rechtspersoon. Omdat bij (af)splitsing vermogen wordt gedeeld en bij fusie vermogens samenkomen, is de bescherming van schuldeisers en contractspartijen in de splitsingsregeling uitgebreider dan in de fusieregeling. Contractspartijen van een (af)splitsende rechtspersoon kunnen zich verzetten tegen het op verschillende rechtspersonen overgaan van hun rechtsverhouding. Voorts kunnen onder voorwaarden alle bij de (af)splitsing betrokken rechtspersonen worden aangesproken voor op het tijdstip van de (af)splitsing opeisbare en niet-opeisbare schulden en andere verplichtingen van de (af)splitsende rechtspersoon. Bij een zuivere splitsing zijn alle bij de splitsing betrokken rechtspersonen aansprakelijk voor schulden en andere verplichtingen waarvan niet duidelijk is naar welke verkrijgende rechtspersoon deze zijn overgegaan.

De werknemer of de voormalige werknemer van de bij de fusie of (af)splitsing betrokken rechtspersonen kan zich als schuldeiser of contractspartij van de rechtspersoon beroepen op schuldeisers en contractspartijen beschermende bepalingen in de fusie- en splitsingsregeling. Rechtspraak waarin een beroep door een (ex-)werknemer op deze bepalingen aan de orde was, is mij niet bekend. Voor werknemers lijkt dus niet snel aanleiding te bestaan voor een beroep op de schuldeisersbeschermingsbepalingen in de fusie- en splitsingsregeling. Deze bepalingen kunnen voor

¹⁶⁵ Wanneer de vrijgestelde groepsmaatschappij waarvoor de moedermaatschappij een 403-verklaring deponereerde als gevolg van een aandelenfusie ophoudt deel uit te maken van de groep blijft de 403-aansprakelijkheid na de aandelenfusie doorlopen als de (voormalige) moedermaatschappij de 403-verklaring niet intrekt. Trekt de voormalige moedermaatschappij de 403-verklaring voor haar voormalige groepsmaatschappij in, dan kan zij op grond van artikel 2:404 lid 3 BW ook haar doorlopende, overblijvende aansprakelijkheid beëindigen. Zie paragraaf 6.5.7.

hen echter wel van belang zijn. Wanneer bij werknemers (of zij nu overgaan of niet) of voormalige werknemers van de fusierende rechtspersoon voorafgaande aan de fusie gegronde twijfel bestaat aan de nakoming van de uit hun arbeidsovereenkomsten voortgevloeide verplichtingen na de fusie, bestaat voor hen de mogelijkheid een zekerheidstelling of waarborg te verlangen op grond van artikel 2:316 BW. Het kan hier bijvoorbeeld gaan om een zekerheidstelling of waarborg voor de uitvoering van een voorafgaand aan de fusie tot stand gekomen sociaal plan. Werknemers van een bij een splitsing betrokken rechtspersoon kunnen in een dergelijke situatie een beroep doen op de aansprakelijkheid van de andere bij de splitsing betrokken rechtspersonen op grond van artikel 2:334t BW. Op grond van dit artikel zijn alle andere verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing en (in geval van afsplitsing) de afsplitsende rechtspersoon subsidiair aansprakelijk voor verplichtingen uit hun arbeidsovereenkomsten die vóór de splitsing zijn ontstaan. Ook heeft de werknemer van een splitsende rechtspersoon op grond van artikel 2:334j jo. 2:334l BW de mogelijkheid zich te verzetten tegen de door de bij de splitsing betrokken rechtspersonen in het splitsingsvoorstel gemaakte afspraken over het al dan niet overgaan van zijn arbeidsovereenkomst.

Op de fusie en de (af)splitsing zijn in beginsel zowel de fusie- en splitsingsregeling uit Boek 2 BW als de regeling bij overgang van onderneming van toepassing. Daardoor gaat de arbeidsovereenkomst van de als gevolg van een fusie of (af)splitsing overgaande werknemer over op grond van zowel artikel 2:309 of 2:334a BW als artikel 7:663 BW. Op basis van beide regelingen treedt de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie of (af)splitsing in alle opeisbare en niet-opeisbare schriftelijke en mondelinge verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en kan de arbeidsovereenkomst uitsluitend in haar geheel overgaan. Het van toepassing zijn van beide regelingen heeft in enkele situaties verschillende juridische consequenties. Zo heeft de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder gedurende een jaar na de overgang op grond van artikel 7:663 BW geen betekenis bij de fusie of zuivere splitsing van de werkgever omdat deze op het moment van de fusie of zuivere splitsing ophoudt te bestaan. De werknemer van de bij een zuivere splitsing verdwenen rechtspersoon kan na de splitsing wel een beroep doen op de hiervoor genoemde aansprakelijkheid van de andere verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing op grond van artikel 2:334t BW. Evenals de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 7:663 BW heeft de aansprakelijkheid ex artikel 2:334t BW betrekking op de op het tijdstip van de splitsing uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen. Hoewel het bij de aansprakelijkheid van artikel 2:334t BW om een subsidiaire en niet om een hoofdelijke gaat, geldt hierbij, anders dan in artikel 7:663 BW geen vervaltermijn van een jaar.

Een andere consequentie van het op de overgaande werknemer van toepassing zijn van zowel de fusie- en splitsingsregeling uit Boek 2 BW als de regeling bij overgang van onderneming is dat, anders dan op grond van de regeling bij overgang van onderneming, op basis van de fusie- en splitsingsregeling de pensioen- en spaarregelingen en de anciënniteit van de overgaande werknemer zonder beperkingen mee overgaan. Omdat de artikelen 7:662 e.v. BW en de fusie- of splitsingsregeling bij de overgang van deze

rechten onderling niet verenigbaar zijn, zou de werknemer – als gerechtigde op basis van zowel de artikelen 7:662 e.v. BW als de fusie- en splitsingsregeling – kunnen kiezen op welke regeling hij zich beroept. De overgaande werknemer heeft dan dus de keuze vast te houden aan de pensioen- en/of spaarregeling bij de fuserende of (af)splitsende werkgever dan wel, indien hem dit wordt aangeboden, te opteren voor deelname aan de pensioen- en/of spaarregeling van de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie of (af)splitsing. De vraag of argumenten bestaan om bij de overgang van een onderneming als gevolg van een fusie of een (af)splitsing uitsluitend de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing te laten zijn op de op grond van artikel 7:663 BW overgaande werknemers komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.