PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2002

Onderneming en overdracht onder algemene titel

Prof. mr M.J.G.C. Raaijmakers

Prof. mr L.C.A. Verstappen

W.E.J. TJEENK WILLINK

PREADVIES VAN DE VEREENIGING 'HANDELSRECHT' 2002

PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2002

Onderneming en overdracht onder algemene titel

Prof. mr M.G.J.C. Raaijmakers

Prof. mr L.C.A. Verstappen

W.E.J. TJEENK WILLINK

W.E.J. Tjeenk Willink is een imprint van Kluwer Juridische Uitgevers te Deventer

ISBN 90-271-5387-6

©2002 Vereeniging 'Handelsrecht'

Secretariaat van de Vereeniging 'Handelsrecht':
Mr lic. R.J.A. Bron-Slis
Weena 70, 3012 CM Rotterdam
Postbus 100, 3000 AC Rotterdam
telefoon 010 401 7927

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

INHOUDSOPGAVE

ONDERNEMING EN OVERDRACHT ONDER ALGEMENE TITEL

Het begrip onderneming in het privaatrecht

Prof. mr M.J.G.C. Raaijmakers

1.	**Noordzaak hernieuwing discussie over "onderneming" in het privaatrecht**	3
1.1	Aanzet voor verdere discussie	3
1.2	Maatschappelijk belang van verduidelijking ondernemingsbegrip	3
1.3	Opzet van dit preadvies	5
2.	**Ondernemer en onderneming als richtpunt ondernemingsrecht**	6
2.1	Aandacht te veel gericht op NV en BV	6
2.2	Rechtsvormkeuze en vrijheid van reorganisatie	7
2.3	Ondernemingen tussen Boek 2 BW en het algemene vermogensrecht	8
2.4	Gebrek aan duidelijkheid over ondernemingsbegrip in het privaatrecht	9
2.5	De gebrekkige benadering in de doctrine	9
3.	**Onderscheid tussen ondernemer en onderneming**	10
3.1	Het begrip ondernemer	10
3.2	Ondernemer als geadresseerde van wet- en regelgeving	11
3.3	Typen ondernemers en inschrijving in het Handelsregister	12
3.4	Vereenzelviging van ondernemer en onderneming	13
3.5	Ondernemer als rechthebbende ("eigenaar")	14

4. Het privaatrechtelijke begrip onderneming 15

4.1 De bestemming tot "onderneming" 15

4.2 De onderneming als bijzondere vermogenseenheid 15

4.3 Deelname aan het rechtsverkeer 16

5. Een gemiste kans bij de totstandkoming van het Nieuw BW 17

5.1 Het Ontwerp-Meijers (art. 3.1.1.11 ONBW) 17

5.2 Onjuiste suggestie dat de onderneming is geregeld in Titel 3.7 (gemeenschap) 18

5.3 Gebrekkige analyse in de doctrine 19

6. De onderneming als algemeenheid en het recht daarop als vermogensrecht 20

6.1 De onderneming en het vermogensrechtelijke begrippenarsenaal 20

6.2 Doctrinaire aarzeling over kwalificatie als algemeenheid en vermogensrecht 21

6.3 De onderneming als algemeenheid (universitas iuris) 22

6.4 Wisselende samenstelling van de ondernemingsalgemeenheid 25

6.5 De onderneming: een algemeenheid en het recht daarop een vermogensrecht 26

7. De onderneming als afgescheiden vermogen: ook personificatie? 27

7.1 Eenmansonderneming en afgescheiden vermogen 27

7.2 Vergelijking met Boeschoten-Besier 28

7.3 Verduidelijking in de wet gewenst 30

7.4 Aansprakelijkheid eenmansondernemer 30

7.5 Crediteurenbescherming 31

8. Overdracht van een onderneming de iure constituendo 32
8.1 De voorgeschiedenis van het Ontwerp Nieuw BW 32
8.2 Wettelijke regeling gewenst voor overdracht uno actu 33

9. Vestiging van beperkte rechten en obligatoire rechtsverhoudingen 35
9.1 Vruchtgebruik 35
9.2 Pandrecht 37
9.3 Verhuur, pacht en beheer van een onderneming 37

10. Reorganisaties van ondernemingen 37
10.1 Inleiding 37
10.2 Wijzigingen met betrekking tot de ondernemer en de onderneming 38
10.3 De juridische aspecten van reorganisaties 38

Tot besluit 39

Overdracht onder algemene titel

Prof. mr L.C.A. Verstappen

1.	**Inleiding**	43
2.	**Het belang van het onderwerp**	45
3.	**De bouwstenen in het vermogensrecht: rechtssubjecten, rechtshandelingen, rechtsfeiten, rechtsobjecten (goederen en schulden) en rechtsverhoudingen**	49
4.	**Knelpunten; methoden van realloceren van vermogensbestanddelen**	51
5.	**Rechtsopvolging onder algemene titel krachtens fusie en (af)splitsing**	52
5.1	Inleiding	52
5.2	De beperkte toepasbaarheid van rechtsopvolging onder algemene titel	55
5.3	Een stukje wetshistorie	57
5.4	De eis van structuurwijziging bij afsplitsing	61
5.5	De omvang van rechtsopvolging onder algemene titel bij fusie en (af)splitsing	64
	5.5.1 Inleiding; het begrip vermogen	64
	5.5.2 Wat valt onder het begrip vermogen	64
	5.5.3 Hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen	67
	5.5.4 Omvat vermogen ook publiekrechtelijke rechtsverhoudingen zoals vergunningen?	71
5.6	De onzekere rechtsgevolgen van rechtsopvolging onder algemene titel	77

5.7 Het bijzondere karakter van fusie en (af)splitsing 82
5.7.1 Inleiding 82
5.7.2 Analogie met erfopvolging? 82
5.7.3 Continuïteit en discontinuïteit 85
5.7.4 Het abstracte karakter van de verkrijging krachtens fusie en (af)splitsing 86
5.7.5 Fusie en (af)splitsing zijn rechtshandelingen, en wel beschikkingshandelingen 87

5.8 Bescherming van schuldeisers en contractspartijen 89
5.8.1 Inleiding 89
5.8.2 Bescherming van schuldeisers 90
5.8.3 Bescherming van wederpartijen bij overeenkomsten 98
5.9 (Af)splitsing nader beschouwd 103
5.9.1 Inleiding 103
5.9.2 De beschrijving bij (af)splitsing 104
5.9.3 Zaaksvervanging 108
5.10 Tussenconclusie 112

6. Activa-passiva transacties 113
6.1 Inleiding 113
6.2 Overdracht 119
6.3 Levering 121
6.4 Leveringsvoorwaarden 124
6.5 Onoverdraagbare vermogensrechten en andere rechten; art. 3:83 leden 2 en 3 128

6.6 Overdraagbaarheid van publiekrechtelijke rechtsverhoudingen 131
6.7 Schuld- en contractsoverneming; inleiding 134
6.7.1 Schuldoverneming 136

6.7.2 Contractsoverneming 137
6.7.3 Volkomen en onvolkomen contractsoverneming 139
6.8 Het voortbestaan van zekerheden 141
6.9 Causale en abstracte werking 142
6.10 Vergelijking; verschillen en overeenkomsten tussen cessie en schuldoverneming enerzijds en contractsoverneming anderzijds 144
6.11 Wettelijke indeplaatsstelling 145

7. Duitsland 147
7.1 Inleiding 147
7.2 De toepasbaarheid van rechtsopvolging onder algemene titel 148
7.3 Overgang onder algemene titel: het spanningsveld tussen (re)organisatievrijheid en contractsvrijheid 150

8. Overdracht onder algemene titel 152
8.1 Inleiding 152
8.2 De behoefte aan een dergelijke regeling 153
8.3 De algemeenheid van goederen 154
8.4 De algemeenheid van goederen als zelfstandig overdraagbaar goed? 157
8.5 De algemeenheid van goederen als rechtspersoon? 158
8.6 Overdracht onder algemene titel 160
8.7 De civielrechtelijke rechtsgevolgen 164
8.8 Het bereik van de nieuwe regeling 165
8.9 De verhouding tot de huidige regeling van fusie en (af)splitsing 167
8.10 De verhouding tot activa-passiva transacties 168

9. Eindconclusie 169

Bijlage 1: Spaltungsmöglichkeiten 172

Bijlage 2: Verschmelzungsmöglichkeiten 173

Stellingen 174

Het begrip onderneming in het privaatrecht

Prof. mr M.J.G.C. Raaijmakers

Hoogleraar Ondernemingsrecht, Katholieke Universiteit Brabant.

1. Dit preadvies beoogt een bijdrage te leveren aan hernieuwing van de discussie over het stiefmoederlijk bedeelde begrip "onderneming" in het privaatrecht.

1.1 Aanzet voor verdere discussie

De uitnodiging van het bestuur van de Vereeniging "Handelsrecht" een preadvies te bezorgen over het begrip "onderneming" heb ik graag aanvaard omdat het mij de gelegenheid biedt om de aanzet voor verdere discussie die ik in mijn bewerking van Pitlo-2 (2000), nrs. 1.79-1.87, beoogde te geven, ook zelf weer wat verder uit te werken. Ik stelde dat een onderneming kan worden aangemerkt als een "goed", dat bij overdracht daarvan het recht op de onderneming wordt vervreemd en de verkrijger daardoor de hoedanigheid van ondernemer en de zeggenschap over de onderneming verkrijgt en dat het naar komend recht wenselijk zou zijn in aansluiting op de rechtspersonenrechtelijke regelingen voor omzetting, juridische fusie en splitsing te expliciteren dat ook overdracht van een onderneming zou kunnen geschieden met werking onder algemene titel.

Voor een uitwerking van laatstbedoelde gedachte verwijs ik naar het betoog van mijn medepreadviseur Verstappen. Zelf stel ik mij voor het debat over de preadviezen voor te bereiden in de vorm van een aantal stellingen met korte toelichting.

1.2 Maatschappelijk belang van verduidelijking ondernemingsbegrip

Wat is het maatschappelijke belang van de discussie over de onderneming in het privaatrecht? Het totale terrein waarop het begrip en de behandeling van de onderneming een rol spelen is zeer breed. Het raakt aan de grondslagen van ons vermogensrecht: de verhouding tussen een persoon en zijn vermogen, de "verzelfstandiging" van het ondernemingsvermogen door de daaraan gegeven doelbestemming, de kernbegrippen subjectief recht, vermogensrecht, goed, zaak, algemeenheid van goederen, de verschuiving in het vermogensbegrip van rechten op goederen naar de waarde daarvan ("economische eigendom"), maar ook rechtssubjectiviteit, de inhoud, functie en de "techniek" van het begrip rechtspersoon, mede in verhouding tot associatie van personen en de gemeenschap van goederen. De betekenis van de keuzes die wij maken manifesteert zich daarom op vrijwel alle terreinen van ons burgerlijk recht: personen-, familie-, huwelijksgoederen-, erf-, goederen- en verbintenissen-, beslag-, executie-, handels- en faillissementsrecht.

De maatschappelijke betekenis van de hier aan de orde zijnde vragen is evident, niet alleen voor de zeer vele eenmansondernemingen en kleinschalige beroepsorganisaties, maar in bredere zin ook voor de analyse van en regelgeving voor ondernemingen die in stand worden gehouden door rechtspersonen, vennootschappen en groepen daarvan en de institutionele structuur van kapitaalmarkten voor de financiering van ondernemingen. Hier zal ik mij in hoofdzaak beperken tot de eenmansonderneming, omdat de ondoorzichtigheid van ons privaatrecht (in ruime zin) zich vooral manifesteert in het midden- en kleinbedrijf en kleinschalige beroepsuitoefening. Men denke behalve aan de spanning tussen vermindering van belastingdruk en fiscale vormgeving, aan bedrijfsopvolging en -voortzetting bij leven en na overlijden, de verhouding tussen ondernemer-partner en onderneming in ons huwelijksvermogensrecht, boedelverdeling en voortzetting van een onderneming in het erfrecht, het beheer krachtens bewind over een onderneming, het vruchtgebruik daarvan, de verhuur of exploitatie-overeenkomst met betrekking tot een onderneming, de overgang van een onderneming krachtens algemene titel in de door de wet bedoelde gevallen, de overdracht van een gehele onderneming, de conversie of omzetting van een rechtsdrager van een onderneming, de inbreng van een gehele onderneming, de gevolgen van een wisseling van ondernemerschap voor de identiteit van de onderneming en haar zakelijke betrekkingen met derden, de financiering van ondernemingsactiviteiten en de verschaffing van zekerheid op de gehele onderneming of de samenstellende delen daarvan, aansprakelijkheid en draagplicht voor "zakelijke" verplichtingen bij overgang van de onderneming, toe- en uittreden tot "een onderneming", exit-conflicten en -regelingen in de betrekking tot degene(n) die direct of indirect belang hebben bij de waarde (in het bijzonder ook de goodwill) van de onderneming, de mogelijkheden tot reorganisatie bij wege van fusie, splitsing en omzetting[1], voortzetting en "doorstart" van (delen van) ondernemingen vanuit faillissement en, wat de surséance betreft, "zelf-reorganisatie" van de onderneming. Veel van de hier opduikende problemen doen zich ook voor bij ondernemingen van de overheid, kerkgenootschappen, verenigingen en stichtingen en - in andere zin - ook die van personen- en kapitaalvennootschappen.[2] Ik beperk mij, als gezegd,

---

1 Omzetting, fusie en splitsing zijn tot dusver voorbehouden aan bepaalde rechtsdragers (rechtspersonen) en bovendien zijn verscheidene reorganisaties aan deze niet toegestaan of niet gefaciliteerd, terwijl voor ondernemers in weer andere rechtsvormen weinig of niets geregeld is. Zie vooral de artt. 2:18, 308, 310, 334a en b, 335, 343 BW.

2 Ons Nieuw BW is vooral een hercodificatie van het recht zoals zich dat had ontwikkeld. Onze samenleving is intussen verder veranderd, ondernemingen zijn belangrijker en talrijker geworden. De vraag is of ons recht nog voldoet aan de eisen van transparantie en efficiency die daaraan moeten worden gesteld. Aan het begin van

in hoofdzaak tot eenmansondernemingen, omdat daarin de kern van de problematiek het meest duidelijk naar voren komt.

1.3 Opzet van dit preadvies

Geconstateerd moet worden dat de integratie van het burgerlijk en handelsrecht in het NBW, na een hoopvol begin in het Ontwerp-Meijers, niet heeft geleid tot een wezenlijke verdieping van de discussie over begrip en behandeling van de "onderneming". Dat is, gelet op de zeer sterk toegenomen maatschappelijke betekenis, opmerkelijk. Heroverdenking is geboden met het oog op een doelmatige en efficiëntie wet- en regelgeving voor samenleving en justitiabelen.
Het onderwerp blijft mij bezighouden bij de voorbereiding van de volgende druk van Pitlo-2. Met dit preadvies, waarin ik mij beperk tot de inhoud van het privaatrechtelijke begrip onderneming en de wijze waarop dit kan worden ingepast in het algemene privaatrecht met het oog op een doelmatige en efficiënte regeling van organisatie en reorganisatie van de onderneming zelf of van de ondernemer, hoop ik de discussie nieuw leven in te blazen. Voor mijn gedachten omtrent reorganisaties verwijs ik naar mijn eerdere publicaties[3] en dat geldt ook voor een breder opgezette

---

de 21e eeuw zijn wij ons vaak nog onvoldoende bewust van de enorme toename, veelvormigheid en dynamiek van lichamen en organisaties die onze samenleving als geheel maar ook ieders dagelijkse leven en individuele bestaan beheersen: overheden en overheidsinstanties, vennootschappen, organisaties, rechtspersonen, vormen van vermogensafzondering en -afscheiding, beheers- en bewindsverhoudingen, vertegenwoordiging en belangenbehartiging. Wat de (kern)-taken zijn van de overheid en hoe deze dienen te worden georganiseerd zijn vragen die onderhevig zijn aan voortdurend wijzigende inzichten. De overheid "onderneemt", gaat terug naar haar kernactiviteiten, privatiseert of - bij gemopper van haar burgers - toch maar weer niet. De rechtsvorm wordt aangepast aan veranderde behoeften. Meijers' leer van de materiële kenmerken werd een museum-stuk. Keuzes voor organisatievormen en reorganisaties zijn veelal "tax driven". De rechtsvorm is niet langer indicatief voor de aard van haar activiteiten. Verenigingen en stichtingen hebben vaak een onderneming. Sportorganisaties krijgen een commercieel karakter, maar de beurs-NV Ajax blijft voetballen. Beroepsmaatschappen worden NV. Een management controlled bedrijf "goes public" om leden een "exit" te bieden, nieuw kapitaal te kunnen aantrekken en overnames met aandelen te kunnen financieren. De PTT wordt geprivatiseerd en later gesplitst. Overheden "ondernemen" in gemeenschappelijke regelingen, taken worden ondergebracht in ZBO's of - niet steeds met duidelijk voorbehouden invloed - in privaatrechtelijke rechtsvormen (BV of stichting). Gemeenten worden samengevoegd of gesplitst. Kerkgenootschappen en instellingen fuseren en "scheuren". Ziekenhuizen, bejaardenoorden, psychiatrische of andere instellingen van gezondheidszorg worden, vaak onder druk van subsidievoorwaarden, gereorganiseerd tot grotere of soms kleinere eenheden. Bedrijfsvoering geschiedt naar algemene maatstaven. Efficiency, kostenbewaking, kwaliteit hebben dezelfde functie, ongeacht de aard van de activiteiten.

[3] M.J.G.C. Raaijmakers, *Reorganisaties van vennootschappen en rechtspersonen:*

zoektocht naar de met ons onderwerp verwante vragen, zoals met betrekking tot ons begrip van (rechts)-persoon, rechtssubjectiviteit, associatie van personen, modulaties in de betrekking tussen een rechtssubject en zijn vermogen, afzondering en afscheiding van vermogen.[4]

2. De begrippen "ondernemer" en " onderneming" dienen, meer dan de (al dan niet rechtspersoonlijkheid bezittende) vormen daarvan het richt- en uitgangspunt te vormen voor de vormgeving van ons ondernemingsrecht.

2.1 Aandacht te veel gericht op NV en BV

De aandacht voor wet- en regelgeving voor ondernemingen heeft zich in de afgelopen decennia vooral geconcentreerd op de NV en BV, die "rechtspersoon" zijn. In Boek 2 BW staat dit begrip centraal en zo vindt men publiekrechtelijke rechtspersonen, kerkgenootschappen, verenigingen en stichtingen broederlijk verenigd met de commerciële rechtspersonen (BV, NV, coöperatie en owm). Dit leidde tot over-accentuering van de "rechtspersoonlijkheid" en daardoor tot "depersonalisering" of - zoals het in navolging van Hauriou werd genoemd - "institutionalisering" van ondernemingsvormen, vooral de BV en NV, zelfs ook in gevallen waar van een splitsing tussen macht en belang, tussen "ownership" en "control", geen sprake was, zoals bij de eenmans-BV of joint venture. Veel inkt ging op aan onderwerpen die voorbij gingen aan de rechtswerkelijkheid in besloten verhoudingen, zoals bestuurszelfstandigheid en "instructierecht", terwijl die geleidelijk zelfs voor "open" NV's werden genuanceerd.[5] Gevolg was een groeiende spanning tussen normering van het ondernemen en de onderneming en van de daartoe geadresseerde ondernemer. In de opzet van onze wetgeving groeide de afstand tussen de "handelsrechtelijke" eenmanszaak en handelsvennootschappen en de verburgerrechtelijkte BV/NV. De EU-richtlijnen vroegen veel aandacht en vergrootten die afstand. Erkenning van rechtspersoonlijkheid van (openbare) vennootschappen zou de in de NBW-opzet (zie art. 3.1.2 ONBW) "verloren" gegane verbinding tussen personen- en kapitaalvennootschappen hebben hersteld en een integrale benadering bij vernieuwingen van ons "ondernemingsrecht" hebben bevorderd. De beoogde eenheid en

---

omzetting, fusie en (af)splitsing, WPNR 6276, en: *Uitbreiding juridische fusie en (af)splitsing*, WPNR 6280.

4 Zie Pitlo/Raaijmakers (2000), p. 34 e.v.

5 Zie reeds mijn *"Rechtspersonen tussen contract en instituut"* (oratie KUB, 1987, p. 21).

overzichtelijkheid bleef uit en pas kort geleden is een wetsvoorstel aangekondigd.
Meijers' leer van de materiële kenmerken is intussen verlaten en de rechtswerkelijkheid van ondernemingen trad meer op de voorgrond. De eenmans-BV wordt geleidelijk steeds minder op een lijn geplaatst met de beurs-NV met gespreid kapitaal, ook al speelt bij beide vormen "control" een centrale rol. Regelingen voor ondernemingen die een beroep doen op het beleggend publiek (beurs-NV's en andere) verschuiven naar het effectenrecht, de corporate governance-discussie loopt dwars door de rechtsvormen heen (al staat ook hier de beurs-NV centraal). Medezeggenschap van werknemers vinden we geregeld in de WOR en voor een deel ook in de structuurregeling. Het EESV en sinds zeer kort ook de SE krijgen hun plaats als EU-rechtsvormen.

2.2 Rechtsvormkeuze en vrijheid van reorganisatie

Toch wordt gewoonlijk nog steeds de rechtsvorm centraal gesteld. Meijers' leer van de materiële kenmerken en de concessietheorie lijken nog steeds na te werken in ons denken over de rol van de wetgever en de functie van (dwingendrechtelijke) wetgeving. Slechts schoorvoetend wordt de betekenis van de economische en juridische realiteit en die van de feitelijke ontwikkelingen in onze samenleving en, in aansluiting daarop, ook de centrale vrijheid van ondernemen en de privaatrechtelijke autonomie ter zake van de vormkeuze, inrichting en "reorganisatie" van ondernemingen en ondernemer erkend. De vrijheid van ondernemen staat voorop. Ook de keuze van de rechtsvorm staat een ondernemer vrij. Hij kiest die vorm die hem het meest opportuun en efficiënt voorkomt, waarbij hij let op zulke factoren als opvolging, continuïteit, beperking belastingdruk, financiering, waarde- en opbrengstmaximalisatie, inrichting van de organisatie, risico-afzondering en -beperking, kosten van oprichting en organisatie, administratieve lasten, behoud van controle, vermijding en beperking van "red tape" en organisatiekosten, (re)-organisatie-flexibiliteit ook in verband met samenwerking met anderen, privatisering, kostenspreiding en zo meer. Fiscale motieven zijn veelal bepalend maar leiden soms tot keuzes ("vlucht in de BV en mini-concerns") die vanuit privaatrechtelijk oogpunt niet beoogd, noch efficiënt en zelfs contraproductief zijn.[6] Zodanige keuzes worden niet voor de eeuwigheid gemaakt. De levenscyclus van veel ondernemingen, maar ook de dynamiek van de markt voor fusies en overnames, nopen tot nieuwe keuzes. Na een initiële keuze, beslist de

---

[6] In mijn *"Joint Ventures"* (1976) en latere publicaties pleitte ik voor een meer persoonsgebonden benadering.

ondernemer in vrijheid over wenselijke en/of noodzakelijke "reorganisaties" (in ruime zin): het aangaan/verbreken van samenwerking, aantrekken van externe financiering in de vorm van eigen of vreemd vermogen, omzetting van de rechtsvorm, inbreng in een BV, wijziging van de statutaire organisatie, wijzigingen kapitaal- en zeggenschapsstructuur, fusie, overname, aangaan en verbreken van joint ventures, omzetting in een NV, beursgang, overname door openbaar bod, omzetting in een BV, uitkoop van resterende minderheid, doorstart vanuit insolventie, sanering, verzelfstandiging, privatisering, activa-transacties, maar ook concern-reorganisaties in business units, product- of geografische divisies. Boek 2 BW faciliteert een aantal van die reorganisaties, maar doet dat, als eerder opgemerkt, slechts voor bepaalde rechtsvormen. Deze rechtsvormafhankelijkheid sluit die faciliteiten derhalve af voor andere ondernemingen. Het bevordert in oneigenlijke zin het reeds sterk toegenomen gebruik van rechtspersonen voor "persoonsgebonden" onderneming. Slechts via gecompliceerde en kostbare tussenstappen is het mogelijk van het instrumentarium gebruik te maken. Quod licet persona ficta, non licet persona?! Te onderzoeken is of en in hoeverre verheldering van het vermogensrechtelijk begrip onderneming hier kan helpen.

2.3 Ondernemingen tussen Boek 2 BW en het algemene vermogensrecht

De betekenis van de rechtsvorm van de ondernemer mag niet worden onderschat, maar moet ook niet worden overschat. De keuze voor een BV is tot dusver vaak "tax driven". Voor lief neemt men dat die vorm voor persoonsgebonden ondernemingen te star en te duur is en ook dat de oprichter beperking van aansprakelijkheid als aandeelhouder bij bankfinanciering in de regel prijs moet geven door privé-gebondenheid. Incorporatie in een BV markeert niettemin, maar op deze oneigenlijke wijze, de "zelfstandigheid" van de onderneming. Het veelvuldige gebruik van deze "hulp-constructie" en de opmerkelijk geringe belangstelling voor de eenmanszaak leidde de aandacht af van de complexe privaatrechtelijke problematiek van ondernemingen van een natuurlijke persoon of een personenvennootschap. Reorganisaties van rechtspersonen werden gedetailleerd uitgewerkt: "corporate" procedures, bescherming van aandeelhouders, schuldeisers, wederpartijen, werknemers en andere betrokken. Maar hun werkingsomvang bleef beperkt en vaak zijn zij ongeschikt voor "fusie en overname", zodat in de M&A-praktijk toch weer het algemene vermogens- en verbintenissenrecht moet worden toegepast. Door de instrumentalisering van rechtspersonen nam de betekenis van het statische Boek 2-recht af ten gunste van een meer dynamische gerichtheid op de (re)organisaties. Wat de "basics" van de onderneming zelf betreft,

zijn wij echter blijven steken. Ontworstelen wij ons aldus aan de houdgreep van de Boek 2-dogmatiek, vervolgens vinden wij ons geplaatst tegenover de ondoorzichtigheid en starheid van het nieuwe vermogensrecht als het gaat over "ondernemingen". Relativering van de betekenis van de rechtsvorm brengt de betrekking tussen ondernemer en zijn "onderneming" - NB: ook in grootschalige M&A-transacties - terug op de voorgrond. Vele kernvragen bleven tot schade van de praktijk onbeantwoord. Nederland raakt achterop.

2.4 Gebrek aan duidelijkheid over ondernemingsbegrip in het privaatrecht

Onduidelijk is nog immer of en hoe een onderneming met behoud van haar identiteit kan worden overgedragen en geleverd (ook bij een "doorstart"), wat goodwill is, of een onderneming kan worden verpand, verhuurd, verpacht, ingebracht, voortgezet (na omzetting) door een andere rechtsdrager en wat er nu precies gebeurt als deze in vruchtgebruik wordt gegeven. Moet een onderneming in een nalatenschap als eenheid worden behandeld en hoe dient te worden gehandeld bij geschillen over verdeling en vereffening. Dat de fiscale wetgeving vooral aanknoopt aan de rechtsvorm en niet aan de onderneming als zodanig gaf een krachtige maar op de keper beschouwd ook volstrekt oneigenlijke impuls aan het gebruik van vooral BV's. Vooral voor kleinere en familiale ondernemingen vormt de regeling van opvolging in de leiding en of "eigendom" van de onderneming, haar financiering en exitregelingen, zeer vaak in combinatie met complicaties van erfrechtelijke en/of huwelijksvermogensrechtelijke aard, voor uittredende familieleden (en hun adviseurs) een bron van vele vragen. "Doe mij maar een BV".

2.5 De gebrekkige benadering in de doctrine

De heersende leer worstelt met de vraag wat onder een onderneming moet worden verstaan, of daartoe de goodwill behoort, of zij of het recht daarop een goed is, dan wel een algemeenheid van goederen, al dan niet tevens van schulden, of en hoe zij kan worden overgedragen of overgaan, hoe beperkte rechten kunnen worden gevestigd, wat beheer of vruchtgebruik inhoudt en zo veel meer. Het recht worstelt met de vraag hoe het vorm dient te geven aan de onderneming als eenheid. Met enige krampachtigheid houdt de doctrine vast aan de idee dat bij rechtshandelingen of -feiten die overdracht of overgang van het recht op een onderneming beogen of tot gevolg hebben de goederenrechtelijke wisseling van rechthebbende(n) slechts kan worden voltooid door levering van afzonderlijke "bestanddelen" van de onder-

neming. Terugredenerend ziet men de onderneming als de "losse" optelsom van activa en passiva, maar die "stuksgewijze" benadering werkt dan ook door in andere vragen. Wetgeving die noopt tot oneigenlijke, onnodige, kostbare tussenstappen en vormkeuzes is, zo lijkt het, meer met zichzelf bezig dan met ordening van de maatschappelijke werkelijkheid en een adequate facilitering van de "ondernemende samenleving". De aan wetgeving inherente traagheid van verandering en de schijnbare zekerheid die zij lijkt te bieden met haar ook door rechtspraak en doctrine begane paden, versterken de weerzin tegen verandering. Het recht is er echter niet voor het geestelijke en materiële welbevinden van de mandarijnen, maar voor de justitiabelen en de samenleving.

3. Ondernemer, diens rechtsvorm en de onderneming waartoe hij gerechtigd is, behoren duidelijk van elkaar te worden onderscheiden, hoezeer die begrippen vaak vereenzelvigd worden.

3.1 Het begrip "ondernemer"

De ondernemer, diens rechtsvorm en diens onderneming zijn te onderscheiden begrippen. Vooropgesteld zij dat *eenieder*, behoudens zekere beperkingen, vrij is een onderneming te beginnen, daartoe een organisatie op te zetten, vermogen af te zonderen, zich persoonlijk in te zetten, personeel in dienst te nemen, bedrijfsmiddelen aan te schaffen, leningen en kredieten op te nemen, goederen en diensten in te kopen, goederen te be- en verwerken, gereed product te verkopen, diensten te verlenen en zo meer, maar tenslotte ook om een onderneming geheel of gedeeltelijk over te dragen - en aldus de waarde daarvan te realiseren -, dan wel die in te brengen, de organisatie te wijzigen en ook om de onderneming te beëindigen. Deze vrijheid wordt kennelijk zo vanzelfsprekend gevonden dat daaraan nauwelijks aandacht wordt besteed. Ten onrechte, want het recht om te ondernemen is aldus een persoonlijkheidsrecht op de grens tussen subjectieve publieke rechten en het subjectieve privaatrecht.
Een ondernemer spreekt over "zijn" onderneming en begrijpt aldus zijn (rechts)betrekking daartoe in een "eigendommelijke" terminologie, zonder zich erom te bekommeren dat art. 5:1 BW die terminologie voor *zaken*, dat wil zeggen voor menselijke beheersing vatbare *stoffelijke* objecten, heeft gereserveerd. De vraag is hoe wij - in elk geval voor de eenmansonderneming - de "onstoffelijke" vermogenseenheid (en organisatie) *an sich* die de onderneming in de maatschappelijke en rechtswerkelijkheid door de bestemming en werkzaamheid van de ondernemer vormt, kunnen inpassen in ons vermogensrechtelijke begrippenkader om vervolgens, als wij dat

hebben gedaan, de vraag te beantwoorden welke gevolgen daaruit voortvloeien. Zoals steeds bij de uitleg van de vraag naar de inhoud en omvang van subjectieve rechten, zien wij ook hier de onlosmakelijkheid van actief (subject)- en passief (object)-zijde van die begripsbepaling.[7] Onderneming vooronderstelt ondernemen. De rechtsbetrekking tussen subject (ondernemer) en object (onderneming) kwalificeert de rechthebbende dan ook tot "ondernemer". "Ondernemer" is hij, natuurlijke of rechtspersoon of ander lichaam of organisatie, die "onderneemt", rechthebbende is op een onderneming, daarvan "eigenaar" is, deze (mede) financiert, tot de opbrengsten van de onderneming gerechtigd is, maar daarvan ook het risico draagt en die direct of indirect leiding geeft aan haar organisatie en werkzaamheden en over haar beschikkingsmacht (control) uitoefent.

3.2 "Ondernemer" als geadresseerde van wet- en regelgeving

Rechtens is die kwalificatie van het begrip "ondernemer" tenminste in twee opzichten van belang. In de eerste plaats zien wij dat het in de privaatrechtelijke rechtsbetrekking tussen hemzelf en de door hem in het leven geroepen en in stand gehouden doel- en organisatie-eenheid zijn eigen (initiële en voortdurende) bestemming is die deze tot onderneming maakt en dat die vermogensafzondering en werkzaamheid dáárdoor is te onderscheiden van andere vermogensbestemmingen, zoals beleggingen.[8] In de tweede plaats is de ondernemer gewoonlijk de geadresseerde van regels *voor ondernemingen*. Dat een onderneming niet zelf als subject "aanspreekbaar" is, wordt door wet- en regelgever(s) "gecompenseerd" door rechten en plichten "van" ondernemingen te verbinden aan de persoon van de ondernemer, soms, zoals in het belastingrecht, zelfs wanneer de onderneming zich losmaakt van de persoon van de vennoten, door dezen toch als ondernemer aan te merken en de vennootschap als rechtsdrager te negeren. Zo dreigt de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap door deze secundaire fiscale zienswijze ontkennend te zullen worden beantwoord en voor een optiestelsel te worden gekozen.[9]

---

7 "Het is merkwaardig, dat het nog nooit gelukt is een goede definitie van eigendom te geven", schreef P. Scholten (Algemeen Deel, 1974), p. 15 over het begrippenkader onder het oude BW.

8 Voor zijn vermogen heeft dat gevolg: "deelneming" versus "liquide middelen" en aan de passief-zijde: privé- en zaaksschulden. Vgl. C.M. Grundmann-Van de Krol & H.A.J.P te Niet, *Beleggen, deelnemen en ondernemen*, in: P.H.J. Essers (et.al. red), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, p. 109-128.

9 Zie daarover M.L.M. van Kempen, *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen*, diss. KUB (1999); Idem, De kwalificatie van vennoten in personenvennootschappen in de Wet IB 2001, in de in noot 8 genoemde bundel, p.

Vaker is bepleit de *onderneming*, in plaats van de *ondernemer* te belasten, wat zou tenderen naar personificatie van de onderneming, zoals ook bij bescherming van werknemers bij overgang van ondernemingen (artt. 7:662-680). Nu de belastingdruk voor een IB-onderneming en BV vrijwel gelijk is geworden, zal de vlucht in de BV afnemen of zelfs tot een "terugkeer" aanleiding geven. Die "fiscale" keuzes zijn onwenselijk, leiden tot verspilling[10]. Ook deze ontwikkeling onderstreept het belang van herbezinning op de niet-geïncorporeerde onderneming.
Het verschil tussen die beide elementen (bestemming en adressaat van normen) wordt geïllustreerd door de ervengemeenschap die gerechtigd is tot een onderneming, maar (nog) niet heeft besloten tot voortzetting daarvan, maar die gehouden is ondernemingsrechtelijke normen na te leven zolang de onderneming van de erflater (feitelijk) voortbestaat.

3.3 Typen ondernemers en inschrijving in het Handelsregister

De gebezigde omschrijving van "ondernemer" onderscheidt niet naar de aard van de door deze verrichte activiteiten in "beroep" en "bedrijf" en evenmin verwijst zij naar het vroegere begrip "kooplieden".[11] Bedrijf en beroep zijn beide commercieel gericht, ook al zijn zij vooralsnog niet gelijkelijk onderworpen aan op bedrijven gerichte regels en blijft de interne inrichting en externe aansprakelijkheid verschillend. De hoedanigheid van "ondernemer" is niet afhankelijk van inschrijving in het Handelsregister. De Hrw verplicht "ondernemers" tot inschrijving, maar daartoe moet worden vastgesteld of de betrokkene een onderneming heeft. De Hrw en het Hrb geven echter geen definitie van het begrip onderneming; zij gelden bovendien niet voor alle ondernemers, want sommige groepen zondert de wet zelf uit, terwijl beroepsbeoefenaars zonder meer niet onder de wet vallen. Is de ondernemer een rechtspersoon dan moet reeds om die reden worden ingeschreven (art. 2 Hrw jo art. 9 Hrb), zodat beroepsbeoefening in een rechtspersoon weer wel verplicht tot inschrijving.[12] Ook filialen en

---

187-207; G.T.K Meussen & G.J.H. van der Sangen, *Fiscale en civielrechtelijke gevolgen van uittreding in de ondernemingssfeer*; eveneens in de zoëven genoemde bundel, p. 129-150.

10 L.L.M Prinsen en A.C. Rijkers, *De onderneming komt voor de vorm*, in de in noot 8 genoemde bundel, p. 83.

11 Art. 2 WvK (1838) luidde: "Kooplieden zijn diegenen welke daden van koophandel uitoefenen en daarvan hun beroep maken", waarna een verklarende opsomming volgde van wat "daden van koophandel" waren. De kwalificatie hing toen nog samen met de competentie van handelsrechtbanken. Anders nog: par. 1-7 HGB (Duitsland).

12 Wel met de organisatieopbouw in hoofd- en nevenvestigingen (art. 1 Hrw jo 9 Hrb). Uitgezonderd zijn ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen, landbouw-, visserij- en straathandelondernemingen. Ingeschreven worden: handelsnaam- of

vestigingen worden ingeschreven: een ondernemer kan meer dan één onderneming hebben. Ook een rechtspersoon (daaronder publiekrechtelijke lichamen, verenigingen en stichtingen), vennootschap of ander lichaam kan in privaatrechtelijke zin dus "ondernemer" zijn en die kan zelf weer met andere vennootschappen of rechtspersonen in een groep verbonden zijn.

3.4 Vereenzelviging van ondernemer en onderneming

Vaak wordt een onderneming van een (commerciële) rechtspersoon of vennootschap daarmee vereenzelvigd. Men spreekt over de rechtsvorm van een *onderneming* in plaats van die van de *ondernemer*, dat wil zeggen de *rechthebbende* op de onderneming. Omdat "lichamen" steeds handelen door tussenkomst van natuurlijke personen die daartoe binnen de ondernemingsorganisatie krachtens functie, aanstelling, volmacht of anderszins het beheer en beleid van de organisatie bepalen en deze kunnen binden, worden ook top-functionarissen in grote (verzelfstandigde) ondernemingen vaak als "ondernemers" aangeduid, hoewel die kwaliteit slechts toekomt aan de rechtspersoon of organisatie in wier dienst zij hun functie vervullen.
Ook in wet- en regelgeving wordt vaak de techniek gehanteerd om verplichtingen voor ondernemingen op te leggen aan de ondernemer. Maar afdeling 7.8 BW (art. 7:662 e.v.) spreekt eenvoudigweg over overgang van ondernemingen en bewerkstelligt dat rechten en verplichtingen uit arbeidsovereenkomst mee overgaan op de verkrijger. De WOR beperkt de beheers- en beschikkingsmacht van de ondernemer door medezeggenschapsrechten van de OR binnen het arbeidsorganisatorische verband van een onderneming. De SER Fusiecode (2000) sluit hierbij aan. Het mededingingsrecht abstraheert van de rechtsvorm: art. 85 EG-Verdrag ziet op overeenkomsten tussen "ondernemingen" die strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging tussen deze wordt beperkt of uitgesloten en art. 1 sub g Mededingingswet (1997) verwijst naar art. 85. De Waterleidingwet richt zich tot "waterleidingbedrijven" en de Elekriciteitswet (1998) spreekt over "organisatorische eenheden die zich bezighouden met" (leveren, produceren en verhandelen): art. 1 onder f-g. De Winkeltijdenwet spreekt over "winkel" en de "uitoefening van een bedrijf" (art. 1-2). De Drank- en Horecawet spreekt over inrichting, bedrijfsleider en beheerder (art. 1), zoals ook de Vestigingswet Bedrijven (1954). De Hnw en Hrw passeerden reeds de revue. In andere gevallen breidt de wet zijn werkingssfeer uit tot ondernemingen in groepsverband. In de Gaswacht-arresten spreekt de Hoge

---

namen, adres, telefoon-, telefax- en e-mail-adres, korte omschrijving van het uitgeoefende bedrijf/bedrijven, tijdstip aanvang en het aantal werkzame personen.

Raad over de aan een BV "als onderneming" opgelegd verbod tot gebruik van een handelsnaam.[13] Het is een willekeurige greep uit de voorbeelden die wij aantreffen van een zekere mate van vereenzelviging van onderneming en ondernemer.

3.5 Ondernemer als rechthebbende ("eigenaar")

De ondernemer-natuurlijke persoon vervult in beginsel alle ondernemingsfuncties zelf, zulks met inzet van zijn persoon, kwaliteiten en middelen en met alle risico's voor zijn vermogen, gezondheid en reputatie. "Ownership" en "control", kernelementen van het subjectief recht van de ondernemer op diens onderneming, zijn dan niet gescheiden. Hij heeft de volledige algemene en "managerial" controle, het beheer en bestuur van zijn onderneming, geniet de opbrengsten en draagt de verliezen als investeerder (in de onderneming gestoken en/of gereserveerd kapitaal) en geniet "inkomen" (arbeidsvergoeding). Voor succes volstaat het niet op de winkel te passen, maar is ondernemerschap nodig. De daarmee verbonden risico's zijn kenmerkend voor een commerciële onderneming. Door toevoeging van waarde aan de tot de onderneming bestemde goederen en schulden, ontstaat "goodwill".
Succes en groei nopen al spoedig tot een adequate delegatie, specialisatie en splitsing van functies. Een bakker met meerdere bakkerijen en winkels heeft naast winkelpersoneel ook een bedrijfsleider en een boekhouder nodig om zelf de algemene leiding te kunnen blijven geven. Hij kan een manager aanstellen als hij daartoe niet meer in staat of bereid is en aan deze een aandeel in de winst toekennen of anderszins in zijn onderneming betrekken. Door die functionele splitsing neemt de persoonsgebondenheid af en de "zelfstandigheid" van de onderneming toe. Zelfs is de verwevenheid van de ondernemer met zijn onderneming niet zo sterk dat de onderneming rechtens ophoudt te bestaan als de ondernemer overlijdt, failleert of indien hij "essentiële" elementen van evenbedoeld ondernemerschap verliest of "loslaat" (door daarop gerichte rechtshandelingen). Bij zijn overlijden behoudt de in de nalatenschap vallende onderneming haar karakter en waarde zonder in een onsamenhangende verzameling van activa en passiva te veranderen. Dat is evenmin het geval als de ondernemer failleert.

---

[13] HR 19 september 1997, NJ 1998, 225/226; AA 1998, p. 830 e.v., m.nt. Raaijmakers.

4. Wat is (het recht op) een onderneming? Een onderneming doet zich economisch en verkeersrechtelijk aan ons voor als een onder leiding (control) van de ondernemer bijeengebracht geheel van productiefactoren kapitaal en arbeid tussen welke geen markt bestaat.

4.1 De bestemming tot "onderneming"

Het is dus de bestemming van de ondernemer die het geheel van middelen, kapitaal, arbeid onder zijn leiding tot "onderneming" maakt. De omvang en complexiteit hangt geheel af van de aard van de activiteit.[14] Het behoeft allerminst een geheel van stampende machines en rokende schoorstenen te zijn. Een assurantietussenpersoon kan volstaan met een fax, telefoon, computer, e-mail, archiefkast, een secretaresse en een auto. Een whizzkid in een garage kan mogelijk met minder volstaan. Maar voor een garagebedrijf is veel meer nodig: garage, showroom, verkoop-, onderhouds- en kantoorpersoneel, voorraad showmodellen, reparatie-apparatuur, benzinepomp, vergunningen, dealercontract, financiering door een bank, reclame en zo veel meer. De vraag is telkens of het beter en voordeliger is functies in de eigen onderneming te betrekken dan wel deze in te kopen of met anderen te delen. Personeel kan in dienst zijn of worden ingeleend, voorraad kan worden aangekocht of in consignatie worden gehouden, goederen kunnen anderszins "off balance" worden gefinancierd, diensten kunnen worden ingekocht. Langlopende overeenkomsten kunnen hem de beschikking geven over middelen of "human capital" ook zonder dat die in eigenlijke zin onder zijn "control" staan. Binnen de onderneming echter bestaan geen marktverhoudingen meer en zo kan - wij zien hier golfbewegingen in de loop der tijd - soms weer wel en dan weer niet sprake zijn van voor- en achterwaartse integratie, focus op "core"-activiteiten en dan weer diversificatie.

4.2 De onderneming als bijzondere vermogenseenheid

Zo doet een onderneming zich aan ons voor als een bijzondere vermogenseenheid die, hoewel voortdurend wisselend van samenstelling,

---

[14] Wij komen hier op het terrein van de rechtseconomie. Zie vooral R.H. Coase, *The Firm the Market and the Law*, Chicago University Press (1988). Voor het Nederlandse taalgebied verwijs ik naar het inleidende overzicht van H. Kerkmeester en R.W. Holzhauer, *De economische structuur van het ondernemingsrecht*, Dl. 9 *Rechtseconomische Verkenningen (2000)*; R. Teijl en R.W. Holzhauer, *Wisselende perspectieven in de rechtseconomie*, (diss. EUR, 1997) en P.W. Moerland, *Corporate Governance, Theorie en praktijk in internationaal perspectief*, Financiële en Monetaire Studies (1997).

een geheel vormt van de door de ondernemer tot bepaalde economische activiteiten bijeengebrachte, bijeengehouden en onder zijn algemene zeggenschap en leiding gebonden bedrijfsmiddelen, personeel (human capital) en financieringsmiddelen zonder dat een marktverhouding bestaat.[15] De ondernemer verenigt de volledige beheers- en beschikkingsmacht op de onderneming, de "eigendom", en de leiding (management) in één, te weten zijn eigen hand; hij is gerechtigd tot de waarde en resultaten, maar draagt ook onmiddellijk het volledige ondernemersrisico. Goodwill, uitgedrukt in de meerwaarde van de activa en/of de "earning capacity" van de onderneming, is bestanddeel van zijn recht op de onderneming en niet steeds en per definitie in volle omvang verbonden met de persoon van de ondernemer, want ook feitelijke omstandigheden (ligging, bereikbaarheid, klantenbestand, goede naam) kunnen de omvang daarvan bepalen, terwijl de ondernemer ook door een goede organisatie en (gedelegeerde) leiding de afhankelijkheid van zijn persoon kan doen afnemen.[16] Wij zien hier de onderneming opdoemen als het geheel van het tot de onderneming bestemde vermogen en organisatie daarvan. Een advocaat huurt een pand, koopt de vereiste boeken en software, neemt een junior en een secretaresse in dienst en start als zelfstandig ondernemer. De slager richt zijn slagerij annex winkel in, neemt een slagersknecht en winkeljuffrouw in dienst en gaat handelen onder eigen of een fantasienaam. Als *"bestuurder-ondernemer"* administreren zij hun onderneming als samenhangende eenheid. De onderneming kan men slechts als een geheel zien: demonteert men de onderneming in een "stuksgewijze" benadering dan gaat haar essentie verloren, zoals de architectuur van een gebouw bij sloop in zijn onderdelen.

4.3 Deelname aan het rechtsverkeer

Een onderneming treedt in de regel op "onder firma", dat wil zeggen haar eigen naam, die ook de naam van de ondernemer kan zijn. Zij dient van haar bestaan (en deelname aan het rechtsverkeer) te doen blijken door inschrijving in het Handelsregister. Een ondernemer kan ook nevenvestigingen, filialen en afdelingen hebben, organisaties en onderdelen met eigen *interne*, maar zonder of met een beperkte externe identiteit.

---

15 Zie R.H. Coase, *The Nature of the Firm*, a.w., p. 33-55.

16 Hij kan meer afstand nemen door zich slechts met hoofdlijnen van het beleid en de strategie van de onderneming bezig te houden of - verdergaand - slechts een toezichthoudende rol vervullen (al dan niet als commissaris) of zich terugtrekken in de rol van een (bijna) passieve investeerder.

5. Nu wij in algemene zin de begrippen "ondernemer" en "onderneming" hebben besproken, komen wij tot de vraag hoe die begrippen zich laten inpassen in de structuur en opzet van ons algemene vermogensrecht. Wij constateren dat het Ontwerp Nieuw BW een onderneming aanmerkte als algemeenheid van goederen en schulden. De beraadslaging over art. 3.1.1.11 ONBW is op onjuiste gronden afgebroken en dient te worden hervat.

5.1 Het Ontwerp-Meijers (art. 3.1.1.11 ONBW)

Hoe moeten wij nu de onderneming rechtens duiden in het begrippenkader dat ons algemene vermogensrecht ons ten dienste stelt? De discussie is niet nieuw. Al in 1919 schreef Russell[17]: "Getwist is nu lang genoeg; laat ons nu op daden wachten". Het NBW bood daartoe de gelegenheid. De Kamer antwoordde op de desbetreffende vraagpunten dat een regeling voor overdracht en verpanding van een "handelszaak" wenselijk was en de Minister sloot zich daarbij aan. Meijers merkte de onderneming in art. 3.1.1.11 ONBW aan als een algemeenheid van goederen (en schulden), een universitas iuris, zoals de nalatenschap, de huwelijksgemeenschap, het vermogen van een vennootschap en voor een bepaald tijdelijk doel bijeengebrachte giften. Hij zag dit als een afgescheiden vermogenssubstraat dat niet zijn "identiteit" verliest door wisseling van zijn bestanddelen of van zijn gerechtigden (lid 2: "Een algemeenheid van goederen blijft ook bij verandering van bestanddelen dezelfde, indien de aard van de algemeenheid en die van de rechtsverhouding dit meebrengen"). Blijkens art. 3.8.20 ONBW (= art. 3:222 BW) kon op zodanige algemeenheid vruchtgebruik en krachtens art. 3.9.2.1 ONBW pandrecht worden gevestigd. Een algemeenheid kon onder bewind worden gesteld. Zij kon als een geheel worden opgevorderd van iemand die haar zonder recht in zijn bezit genomen had. Maar nimmer kon de algemeenheid in die zin als een afzonderlijk goed worden erkend "dat zij bij één handeling zonder op de haar samenstellende delen te letten kan worden overgedragen": levering diende te geschieden op de wijze als voor ieder der samenstellende delen voorgeschreven. Art. 3.4.2.9 ONBW stelde voor overdracht van een algemeenheid dan ook de *aanvullende* eis van een akte. De afzonderlijke daartoe behorende goederen - zo bepaalde het 2e lid - gaan niet op de verkrijger over, zolang zij niet op de voor ieder van die goederen bepaalde wijze zijn geleverd. Ingevolge lid 3 belette de omstandigheid dat enige

[17] G.M.G.H. Russell, *De onderneming in het privaatrecht*, diss. UvA (1919), p. 249 e.v. en 265.

onderdelen der algemeenheid niet zijn geleverd, echter niet de overgang der algemeenheid, mits haar hoofdbestanddelen waren geleverd.

5.2 *Onjuiste suggestie dat de onderneming is geregeld in Titel 3.7 (gemeenschap)*

Meijers wees op de neiging naar personificatie van die algemeenheden. Hij zag hierin een overgangsfiguur tussen los naast elkaar staande vermogensbestanddelen en het vermogen van een rechtspersoon, maar - zo schreef hij ietwat apocrief - van deze laatste blijft de algemeenheid verschillen "doordat er niet een afzonderlijk rechtssubject is, waaraan de algemeenheid van goederen toebehoort maar (...) toekomt aan rechtssubjecten, die reeds, ook afgezien van dit afgescheiden vermogen, als zodanig worden erkend"[18] Dat laatste is mijns inziens slechts juist voor gemeenschappen. Over het hoofd lijkt te worden gezien dat een onderneming ook aan één persoon kan toebehoren.
De bepaling werd gewijzigd: "Goederen, of goederen en schulden, kunnen tezamen als algemeenheid van goederen het voorwerp van een rechtsverhouding zijn, indien zij volgens verkeersopvatting, gezien de aard der rechtsverhouding bijeen horen". Dit kwam tegemoet aan de door J.M. Polak geuite kritiek op het gesloten stelsel van rechtspersonen in Boek 2 dat zijns inziens diende te worden vervangen door een open systeem.[19] In zijn bespreking van deze open formule stelde Schoordijk[20] reeds in de algemeenheid van goederen en schulden *an sich* een extern werkend afgescheiden vermogen met rechtspersoonlijkheid te zien, reden waarom deze en de daaruit resulterende verhaalspreferentie naar zijn oordeel, gelet op de afwijking van de hoofdregel van art. 3:276 BW, *expliciet* op de wet diende te berusten.[21] De kritiek van De Ruiter op art. 3.1.1.11 ONBW was dat daarin zeer verschillende figuren onder één noemer werden gebracht en hij concludeerde dat het algemeenheidbegrip, ook voor de onderneming, niet wel bruikbaar was.[22]

---

18 MvT, p. 170.
19 J.M. Polak, RM Themis 1960, p. 160 e.v.
20 ("Goederen, of goederen en schulden, kunnen tezamen als algemeenheid van goederen het voorwerp van een rechtsverhouding zijn, indien zij volgens verkeersopvatting, gezien de aard der rechtsverhouding, bijeen horen"). Een zodanige open formule was bepleit door J.M. Polak (noot 19) teneinde naast het gesloten stelsel van rechtspersonen in Boek 2 ruimte te bieden aan de rechtsontwikkeling en de behoeften van de praktijk.
21 Zie H.C.F. Schoordijk, *Mede-eigendom Gemeenschap Rechtspersoonlijkheid* (1983), p. 25 e.v.
22 J. de Ruiter, *Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het Ontwerp-Burgerlijk Wetboek* (1963).

De parlementaire behandeling kreeg door die ongelijksoortigheid van rechtsfiguren inderdaad een verward verloop. Een nalatenschap vormt vaak, en de huwelijksgemeenschap en het vennootschapsvermogen per definitie, een algemeenheid van goederen en schulden (universitas iuris), maar ook *een gemeenschap van personen* (universitas personarum). Een "handelszaak" (onderneming) behoort in de regel echter slechts toe aan *één* (rechts)persoon: *iedere* rechtsdrager, een associatie zo goed als een natuurlijke persoon of rechtspersoon, kan een onderneming hebben. De discussie spitste zich geheel toe op de regeling van de gemeenschap (Titel 3.7) en daarvoor maakt het geen verschil (art. 3:166 lid 1 BW) of de gezamenlijke gerechtigdheid betrekking heeft op één of meer goederen, dan wel een algemeenheid. Onjuist was dan ook dat als reden voor de schrapping van art. 3.1.1.11 ONBW werd gegeven dat "*dit* onderwerp" was behandeld in Titel 3.7, nu daar immers slechts de goederengemeenschap tussen *twee of meer* personen en niet de universitas behandeld wordt. Of en in hoeverre een onderneming (en inzamelactie) als algemeenheid van goederen en schulden kan/mag worden aangemerkt en daarmee object van rechtshandelingen of zelfs in zekere opzichten subject, wordt/kan worden, bleef onduidelijk.

5.3 Gebrekkige analyse in de doctrine

De zaak werd aan de doctrine overgelaten en die liet zich niet onbetuigd blijkens enkele dissertaties, oraties en een NJV-vergadering.[23] De vergelijking met het buitenland beperkte zich in hoofdzaak tot de Franse en Belgische regelingen voor het "fonds de commerce" en de overdracht, huur en verpanding daarvan. De meer fundamentele discussies in Duitsland over "ondernemingen" over het nieuwe Konzern- en Umwandlungsrecht kreeg (te) weinig aandacht.[24] Tot een algemeen aanvaard vermogensrechte-lijk begrip "onderneming" heeft dit alles niet geleid. Een zekere NBW-vermoeidheid sloeg toe en de wetgever is nog immer doende de ontbrekende delen van de NBW-puzzle, zo bijvoorbeeld het in dit opzicht

---

[23] Zie o.m. J. de Ruiter, *Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het Ontwerp-Burgerlijk Wetboek* (1963); S. Gerbrandy en J.J.G. van Roosmalen, *NJV-preadviezen* (1966); F. Molenaar, *Een hele onderneming* (1973); S. Boekman, *De handelsnaam*, (1956); H. Cohen Jehoram, *Goodwillrecht* (1963); B. Wessels, *Beroep, bedrijf en onderneming, oratie VU* (1989).

[24] Zie o.m.: H. Buttner, *Identität und Kontinuität bei der Grundung juristischer Personen*, (Bielefeld, 1967); Th. Raiser, *Das Unternehmen als Organisation* (Berlijn, 1969); U. John, *Die organisierte Rechtsperson* (Berlijn, 1977); W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, dl. 1.1 en 1.2 (1983); Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (1983) en, meer recent, K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (3e druk, 1997) en ook diens *Handelsrecht* (5e druk, 1999).

belangrijke nieuwe personenvennootschapsrecht, te leggen. De handboeken stellen met een zekere gelatenheid vast dat de onderneming, en hetzelfde geldt voor goodwill, niet een goed en dus ook niet overdraagbaar is. Ik verwijs terzake naar Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, nr. 68-74 en Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten, 3-II, nr. 318-324, Snijders/Rank-Berenschot, nr. 59 en Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, nrs. 16-19 en 101.

6. Nu in het Nieuw BW de onderneming niet is omschreven, moeten wij bepalen hoe een onderneming en het recht daarop in de opzet van ons goederen- en vermogensrecht kunnen worden ingepast. De onderneming kan worden aangemerkt als een algemeenheid van goederen en het recht daarop als een vermogensrecht.

6.1 De onderneming en het vermogensrechtelijke begrippenarsenaal

Helpt de wet ons niet verder, ook de doctrine biedt niet erg veel houvast om de onderneming in te passen in het systeem van ons ietwat star opgezette algemene vermogens- en goederenrecht.
Subjectieve rechten onderscheiden wij in persoonlijkheidrechten en vermogensrechten[25] en subjectieve vermogensrechten vervolgens in absolute en relatieve rechten. Goederen zijn alle zaken en vermogensrechten die als onderdeel van een vermogen kunnen worden beschouwd (art. 3:1 BW). Zaken zijn voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (art. 3:2 BW). Vermogensrechten zijn "rechten die hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel" (art. 3:6 BW). Of iets overdraagbaar is bepaald art. 3:83 BW: slechts eigendom (dus slechts van zaken), beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar; alle andere rechten zijn slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt. Omdat een onderneming niet in de zin van art. 3:2 BW voor menselijke beheersing *stoffelijk* object is, kan zij niet als een "zaak" worden aangemerkt. Wat dan wel?
Zij kan - zegt Asser 3-I - "veelal als een geheel worden gezien en (...) worden losgemaakt van de ondernemer" en "als iets dat op een ander kan overgaan" en - zo vervolgt het betoog - "Dat leidt tot de vraag of het mogelijk is te spreken van een recht op een onderneming als iets anders dan het recht op de goederen die gezamenlijk de onderneming vormen". Een

[25] Van belang voor de uitleg van art. 2:5 BW: de eerste liggen goeddeels buiten het vermogensrecht; het recht om te ondernemen is persoonlijkheids-, maar tegelijk ook een subjectief publiek recht.

vraag "die vanzelfsprekend samenhangt met de vraag of goodwill als goed kan worden aangemerkt", een vraag die de schrijvers in nr. 4 van Asser 3-I - in isolement - ontkennend beantwoorden: een subjectief recht op "het voortbestaan van feitelijke omstandigheden waaruit zijn goodwill voortspruit" heeft een ondernemer niet. Wel kan goodwill worden beschouwd als "een deel van de onderneming", zoals ook de handelsnaam, octrooien, merken en modellen, vergunningen, boekhouding en huurcontract. De gestelde vraag laten de schrijvers dan onbeantwoord. Ik meen dat het antwoord positief kan zijn, maar dat ons dat nog niet heel veel verder brengt.

6.2 Doctrinaire aarzeling over kwalificatie als algemeenheid en vermogensrecht

Dat art. 3.1.1.11 ONBW niet is ingevoerd verhindert niet de onderneming aan te merken als een algemeenheid van goederen en in de "hoofdtekst" van nr. 71 zegt Asser 3-I: "Een onderneming kan als een bijzondere vorm van een algemeenheid van goederen worden beschouwd". In de verklarende tekst valt echter op dat de schrijvers "niet ingaan op de vraag wat onder het begrip "onderneming" moet worden verstaan". Zij stellen dan aan de orde de vraag of een onderneming kan worden beschouwd als een algemeenheid van goederen. "Voor iedere handelszaak zal de beantwoording van die vraag anders kunnen uitvallen" en zij illustreren dit met de stelling dat soms de nadruk op de organisatie valt, een andere maal op octrooien of modellen en dat de vraag of bij overdracht de verkrijger verplicht is de schulden voor zijn rekening te nemen geheel afhangt van de bedoeling van partijen. Zij verwijzen naar literatuur en rechtspraak, maar laten de gestelde vraag onbeantwoord. Wel doen zij volgen: "Niet te ontkennen valt dat, hoe vaag en wisselend het zogenaamde "recht op de onderneming" ook moge zijn, er toch een zekere juridische betekenis aan moet worden toegekend". Art. 2 en 3 Hnw. worden genoemd, alsook art. 11A BMW. Waarna volgt: "Terecht weigert onze jurisprudentie hieraan de gevolgtrekking te verbinden dat het recht op de onderneming een speciaal recht is, dat het recht op de onderdelen van de onderneming in zich opgesloten houdt. Overdracht van een onderneming kan dus niet als zodanig geschieden. Evenals bij andere algemeenheden van goederen moeten de voor de levering van de onderdelen geldende regels in acht genomen worden". Waarom zulks "terecht" zou zijn maakt de tekst niet duidelijk. In gelijke zin de andere in nummer 5.5 genoemde literatuur.

Op de onduidelijke passus werpt Asser 3-II[26] bij de behandeling van het vruchtgebruik op een onderneming of andere algemeenheid (art. 3:222 BW) nog enig licht in nr. 324. De opvatting dat een onderneming als één goed is aan te merken vindt - zo lezen wij daar - "geen steun in de eerste Titel van Boek 3 of op enige andere plaats in het BW". Een onderneming is, net als een nalatenschap, een algemeenheid van goederen, maar verschilt daarvan in twee opzichten:

a) omdat de band die de samenstellende delen bijeen houdt hier wordt gevormd door een feitelijke bestemming en daarom niet als een universitas iuris kan worden beschouwd;
b) omdat tot de onderneming "ook een aantal feitelijke omstandigheden (worden) gerekend die de winstcapaciteit ervan bepalen, de zogenaamde goodwill".

Ik meen dat bij de "hoofdstelling" dat een onderneming een bijzondere vorm van een algemeenheid van goederen is, moet worden aangesloten. Voor de twijfel die de schrijvers kennelijk voelen bij die kwalificatie wegens het bestanddeel "goodwill" is mijns inziens geen grond. Zoals eerder gesteld beïnvloedt die wel de waarde maar is die geen noodzakelijk bestanddeel. Is de goodwill negatief of nihil dan leidt dat er niet toe dat de onderneming ophoudt te bestaan.

Dat de feitelijke bestemming zou verhinderen een universitas iuris aan te nemen, vermag ik evenmin in te zien. Wellicht hebben de schrijvers hier het oog op het verschil in ontstaan van de universitas: de nalatenschap door het rechtsfeit van overlijden (met uitdrukkelijke regeling in de art. 3:189-194 BW) en de onderneming door de bestemming van de ondernemer. Zij lijken dan te bedoelen dat een rechtssubject niet door eigen bestemming bij machte zou zijn iets tot algemeenheid te maken. Illustreert, nog daargelaten het door Meijers ook beoogde fonds van tot een tijdelijk doel bijeengebrachte giften, niet reeds inbreng in een vennootschap reeds het tegendeel? Het verhindert dus niet de kwalificatie, maar vestigt slechts de aandacht op de vraag hoe de algemeenheid verder behandeld dient te worden.

6.3 De onderneming als algemeenheid (universitas iuris)

Aansluitend bij mijn eerdere omschrijving in Pitlo-2[27] meen ik dat een onderneming kan worden aangemerkt als de algemeenheid van goederen en schulden, die een ondernemer heeft bestemd tot en dienstbaar maakt aan een commercieel doel in een duurzame organisatie, die onder zijn beheer

---

26 Asser-Davids-Mijnssen-Van Velten, 3-II (1996), nrs. 318-327.

27 nr. 1.82. Ik wijk af van de daar gegeven omschrijving, omdat ik mij hier beperk tot de eenmanszaak.

werkzaam is en onder eigen naam aan het rechtsverkeer deelneemt. De hierin begrepen goederen-, verbintenisrechtelijke, juridisch-organisatorische, statische en dynamische elementen geven tezamen het beeld van een duurzame, dynamische organische eenheidsorganisatie van de "eigenaar-rechthebbende-ondernemer", als object, dat echter ook trekken vertoont van een rechtsdrager met een eigen identiteit en "eigen" rechten en plichten. Zij is, zo zagen wij al, niet een zaak en evenmin een universitas facti, zoals een bibliotheek of een kudde vee, noch ook een hoofdzaak met bestanddelen, hulp- en bijzaken.

Zij is een doel- en bestemmingsgebonden verzameling van activa en passiva dat als zodanig duurzaam met de ondernemer is verbonden ten behoeve van zijn eigen werkzaamheid tot het behalen van economisch voordeel.

Tot de onderneming behoort alles wat de ondernemer daartoe heeft bestemd en wat daartoe naar verkeersopvatting behoort: roerende en onroerende zaken en bestanddelen daarvan, vermogens- en afhankelijke rechten. Allereerst valt te wijzen op haar handelsnaam (art. 2 Hnw[28]) waaronder zij zich identificeert en waarmee de goodwill pleegt te worden verbonden, waarover aanstonds.[29] De paragrafen 17 e.v. van het Duitse HGB brengen veel scherper dan onze Handelsnaamwet de privaatrechtelijke betekenis van de "firma-naam" voor de onderneming tot uitdrukking. Onze wet richt zich vooral tegen publieksmisleiding, maar art. 2 Hnw. is privaatrechtelijk van groot belang: de handelsnaam is vatbaar voor overgang en overdracht doch "slechts in verbinding met de onderneming, die onder die naam werd gedreven".[30] De bepaling schraagt daarmee de uiteengezette kwalificatie van de onderneming als algemeenheid.

---

28 Toelichting Meijers bij art. 3.1.1.5, p. 167; S. Boekman, a.w., p. 27 e.v.; E.J. Arkenbout, *Handelsnamen en merken* (1991), p. 16 e.v.

29 Verhinderde art. 20 Merkenwet (1893) de overdracht van een merk als niet tevens de "fabriek of handelsinrichting tot onderscheiding van welker waren het merk bestemd is" op dezelfde persoon overging, art.11 Benelux Merkenwet laat dat wel toe. Zie ook art. 64 e.v. Octrooiwet, 25 Auteurswet en 2a Wet Naburige rechten. Hier is overdraagbaarheid van deze immateriële activa, ook los van de onderneming, de regel geworden. Het zijn afzonderlijk overdraagbare activa geworden. Het laat echter onverlet dat zij zolang zij niet zijn overgedragen een geheel vormen met de onderneming en, in verbinding met de handelsnaam, de waarde daarvan zelfs in doorslaggevende mate kunnen bepalen (Coca Cola/Coke-receptuur en -flesje, Mc Donald's, Heineken-label). Zie E.J. Arkenbout, a.w., p. 119 e.v.

30 Vgl. HR 19 september 1997, NJ 1998, 255 en 256 (Gaswacht), waarin BV A poogt een tegen haar gericht verbod op grond van art. 6 Hnw te omgaan door haar gehele onderneming over te dragen aan haar zusteronderneming BV B, welke vervolgens, kennelijk redenerend dat het tegen de rechtspersoon A gerichte verbod niet tegen haarzelf werkzaam was, de verboden handelsnaam gaat gebruiken. Vgl. mijn noot onder het arrest in AA 1998, p. 830-835. Opmerkelijk is de beslissing dat de rechtspersoon "zelf in strijd heeft gehandeld met het haar als onderneming (...) opgelegde verbod".

Tot een onderneming kunnen voorts behoren (rechten op) gebouwen, bedrijfsruimte, machines, IT-faciliteiten, grondstoffen en halffabrikaten, voorraad gereed product software, opdrachten, auteurs-, merken-, octrooi- en handelsnaamrechten, know how, maar ook de beklanting, de "goede naam" en goodwill, marktkansen en -voorsprong, vorderingen, kas- en andere liquide middelen en wat de passiva betreft: schulden die tot haar algemene financiering zijn aangegaan en handelsschulden (eigen vermogen, leningen, leveranciers- en afnemerskrediet, commanditair kapitaal), maar ook het geheel van contractuele (duur)-verplichtingen jegens werknemers, afnemers, toeleveranciers, adviseurs en zo meer. Dat deze luiden op naam van de ondernemer doet er niet aan af dat zij functioneel gebonden zijn aan de onderneming.
Veel is geschreven over (het rechtskarakter van) goodwill[31], de meerwaarde boven de activa minus de rentedragende schulden en winstverwachting. Asser, t.a.p., ziet in de goodwill als bestanddeel van een onderneming een bezwaar deze te kwalificeren als algemeenheid en de verklaring daarvoor is waarschijnlijk de sterke nadruk op de "feitelijke omstandigheden" die voor de omvang van de goodwill bepalend zouden zijn, zoals de ligging en beklanting. Het betoog zet zich hier (nog steeds) af tegen de opvatting van J.C. van Oven dat goodwill een "zaak" zou zijn. "Niet gezegd kan worden dat een ondernemer een subjectief recht heeft op het voortbestaan van feitelijke omstandigheden waaruit zijn goodwill voortspruit" (3-I, nr. 5). Dat echter is, dunkt mij, niet het probleem. Dat is wel de suggestie dat de goodwill zo wezenlijk zou zijn voor een onderneming, dat als deze nul of zelfs negatief is, er geen onderneming meer is. Die goederenrechtelijke benadering is mijns inziens een onjuiste en zij vertroebelt de discussie. Goodwill, if any, is slechts de aanduiding voor een waarde- en prijscomponent bij de bepaling van de waarde van het recht op de onderneming, zoals dat tot uitdrukking komt in het vermogen van de ondernemer. Vanzelfsprekend wordt, zoals bij de waardering van enig ander object, die waarde mede bepaald door allerlei feitelijke en marktomstandigheden. Blijken zal of en in hoeverre de ondernemer *als ondernemer* waarde heeft weten toe te voegen aan "losse" bedrijfsmiddelen (net asset value). Die waardering is intussen slechts "incidenteel" van belang bij vrijwillige of gedwongen overgang van de onderneming dan wel bij de bepaling van de omvang van mede-gerechtigheid van derden (levenspartners, deelgenoten, vennoten) ingeval van enigerlei vorm van "exit".[32] Het hangt af van de concrete omstandigheden in hoeverre de

---

31 Zie Asser 3.I, nr. 4.

32 Zie HR 12 oktober 2001, RvdW 2001, 153, waarin aan de orde was de vraag hoe en wanneer de (goodwill)-waarde van het aandeel in een specialisten-maatschap bij verdeling van de huwelijksgemeenschap na echtscheiding moest/kon worden

goodwill specifiek is verbonden aan de persoon van de ondernemer, of dan die specifieke waarde bij over-dracht/overgang wordt gerealiseerd en de overdrager zich dienvolgens dient te onthouden van concurrentie. Voor enkele gevallen geeft de wet zelf een regeling.[33]
Ook kwalitatieve verbintenissen (art. 6:251) kunnen behoren tot de onderneming, vooral in voor bedrijfsuitoefening essentiële overeenkomsten of rechten, zoals overheidsvergunningen, dealerovereenkomsten, contracten waaronder goederen en diensten afroepbaar zijn en licenties. Het antwoord op de vraag of en in hoeverre vergunningen en leverantie- of exclusiviteitscontracten aan de onderneming ook dan verbonden blijven als de persoon van de ondernemer wisselt, is afhankelijk van de aard en de persoonsgebondenheid van de verlener of wederpartij.[34] Vergunningen kunnen, maar zullen niet steeds een abstract recht vormen, dat wil zeggen een op geld waardeerbaar recht dat niet meer uitsluitend en alleen aan de persoon van de vergunninghouder gebonden is. In zoverre vergunningen niet vrij overdraagbaar zijn, vormen deze bij overgang of overdracht van de onderneming ook niet een bestanddeel van haar waarde.[35] Voor huurders en werknemers geven de art. 7:1635/1635a en 7:662-682 een eigen regeling.

6.4 Wisselende samenstelling van de ondernemingsalgemeenheid

De onderneming wisselt als algemeenheid voortdurend van samenstelling zonder dat dit haar identiteit beïnvloedt. Het is eigen aan de activiteit van het ondernemen. Grond- of halffabrikaten en/of diensten worden ingekocht, ver- en bewerkt en verkocht, gefactureerd en na ommekomst van de betalingstermijn betaald, waarde wordt toegevoegd, personeel wordt aangenomen of vervangen of hun taak en functies binnen de organisatie gewijzigd, transport- en communicatiemiddelen worden aangeschaft, gehuurd, geleased, afgeschreven en vervangen en zo meer. Die wisselingen

---

vastgesteld. De HR oordeelt de zienswijze van het Hof niet onjuist dat, gelet op het onzekere karakter, aan de vrouw is toebedeeld de onbepaalde waarde van het aandeel (goodwill) dat te zijner tijd dient te worden uitgekeerd uit de netto vergoeding die de man alsdan zal ontvangen.

33 Oefent iemand een bedrijf uit in daartoe gehuurde bedrijfsruimte dan kan deze bij overdracht ingevolge art. 7A:1635 de rechter verzoeken de koper als huurder in zijn plaats te stellen. Profiteert een verhuurder bij beëindiging van de huur van de door zijn huurder opgebouwde goodwill dan moet hij de huurder ingevolge art. 7:1635a te dier zake schadeloos stellen "Bedrijf" wordt ook hier niet nader omschreven, maar art. 7A:1624 lid 2 beperkt de regeling tot "kleine" winkel- en ambachtelijke bedrijven. Vgl. nog HR 4 juni 1954, NJ 1954, 358 (Steffens/Bos) waar het ging om de vernietiging door de oorspronkelijke ondernemer (bakker) van een met diens beheerder gesloten overeenkomst tot huur van het bedrijfspand.

34 Zie daarover uitvoeriger het preadvies van Verstappen.

35 Vgl. het MDW-Rapport *"Verhandelbare Rechten"* (februari 2000).

wijzigen (het recht op) de onderneming niet, wel haar waarde. Hoe nu kan die samenstelling worden gekend en bepaald?

Of een ondernemer succes heeft, winst maakt of op een insolventie afstevent, welke maatregelen genomen dienen te worden, hoe het rendement kan worden verbeterd, hoe - samengevat - hij succesvol onderneemt en zijn beheers- en beschikkingsmacht aan moet wenden, kan hij slechts bepalen indien hij zaaks- en privé-vermogen zorgvuldig gescheiden houdt en daaromtrent een boekhouding bijhoudt. Dat volgt reeds uit algemene regels van een behoorlijke boekhouding. De wet verplicht hem daar ook toe (art. 3:15a BW). Hij moet dienvolgens van zijn vermogenstoestand en van alles betreffende zijn bedrijf of beroep, naar de eisen van dat bedrijf of beroep, op zodanige wijze administratie voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze bewaren, dat te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend. Art. 52 AWR gebiedt hem met het oog op de belastingheffing een afzonderlijke administratie te voeren in nagenoeg gelijke termen als art. 3:15a BW.
Uit die zakelijke administratie kan het in de onderneming gestoken vermogen en alle activa en passiva worden gekend. In de privé-balans verschijnt de onderneming als één post, als ware het een "deelneming" (art. 2:24d BW) en de ondernemer een "directeur-grootaandeelhouder". Er is hier nauwelijks verschil met deelneming in een BV waarin de onderneming is ingebracht (zeker als de ondernemer zich voor door een bank aan zijn BV verstrekte financiering in privé heeft verbonden).

Die gescheiden administratieplicht is ook anderszins van belang. Zo heeft een partner blijkens art. 1:88 BW met betrekking tot de daar genoemde "ondernemers"-besluiten medezeggenschap, welke enigszins vergelijkbaar is met de interne beperkingen en de bescherming van de rechten van de medevennoot in een personenvennootschap. Voorts is de administratie van groot belang bij alle rechtshandelingen of rechtsfeiten die een gehele of gedeeltelijke overgang van het recht op de onderneming beogen of tot gevolg hebben. Zij stelt dan in staat een nauwkeurige beschrijving op te maken van hetgeen tot de onderneming behoort. Zie ook hieronder over overdracht en vestiging van beperkte rechten.

6.5 De onderneming: een algemeenheid en het recht daarop een vermogensrecht

Geconcludeerd kan worden dat de onderneming zich in het stelsel van onze wet het best laat aanduiden als doelgebonden en -bestemde algemeenheid

van goederen en schulden.[36] Daarom kan ook de in Asser, 3-I, nr. 71 gestelde vraag of het mogelijk is te spreken van een recht op de onderneming als zodanig, mijns inziens bevestigend worden beantwoord. Dit recht is een subjectief vermogensrecht (art. 3:6 BW), in wezen een deelneming[37], een doelbestemd (deel van iemands) vermogen gericht op het behalen van economisch voordeel dat duurzaam met de ondernemer is verbonden ten behoeve van zijn eigen werkzaamheid. Net als aandelen behelst dat recht de ultieme zeggenschap over de onderneming in de hierboven beschreven betekenis(sen). Mutatis mutandis geldt dit voor de fiscale notie van aanmerkelijkbelanghouder of "dga".

In de rechtsbetrekking tussen ondernemer als *rechthebbende* in vermogensrechtelijke zin en zijn onderneming blijft "control" doorslaggevend: de beheers- en beschikkingsmacht als ondernemer over de onderneming. Deze zienswijze doet recht aan de maatschappelijke ontwikkelingen en de rechtswerkelijkheid en sluit aan bij de idee dat (het recht op) ondernemingen het object van "markttransacties" kunnen vormen. Bij de "market for corporate control" denken wij doorgaans aan overname van beurs-NV"s, maar in de M&A-markt gaat het om alle transacties die ertoe strekken de controle over een onderneming te doen overgaan.

7. Een onderneming vormt een afgescheiden vermogen en dat heeft gevolgen in het bijzonder voor de verhaalsvolgorde. Verduidelijking in de wet is gewenst.

7.1 Eenmansonderneming en afgescheiden vermogen

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat een onderneming kan worden gezien als een afgescheiden vermogen met "eigen" rechten en verplichtingen, naam en woonplaats en object van verhaal met voorrang voor zaakscrediteuren. Reeds Meijers zag in de universitas een overgangsfiguur tussen los naast elkaar staande vermogensbestanddelen en het vermogen van een rechtspersoon. Dat zijns inziens de algemeenheid daarvan blijft verschillen "doordat er niet een afzonderlijk rechtssubject is,

---

36 Vgl. W.C.L. van der Grinten, Themis 1976, p. 533 e.v.

37 Voor oprichting van een BV is niet langer een meerzijdige rechtshandeling vereist. De eenmans-BV was al zeer lang aanvaard. Ook de in één hand verzamelde aandelen vormen een vermogensrecht. Het is een andere vorm van volledige controle over een onderneming. Weliswaar is er hier bij oprichting vermogensscheiding ontstaan, worden de kwaliteit van aandeelhouder en bestuurder formeel gescheiden en gaat in formele zin de hoedanigheid van ondernemer over op de BV, het neemt alles niet weg dat de "ondernemer" onveranderd de volledige zeggenschap kan uitoefenen over "zijn" onderneming.

waaraan de algemeenheid van goederen toebehoort maar (.) toekomt aan rechts-subjecten, die reeds, ook afgezien van dit afgescheiden vermogen, als zodanig worden erkend", miskent dat ook één persoon een onderneming kan hebben en er dan een zekere personificatie optreedt. Ook de beschouwingen van J.M. Polak en Schoordijk gingen in die richting. Spreken wij over een "afgescheiden *vermogen*" dan doelen wij op een "boedel", een algemeenheid van goederen en schulden (universitas iuris) die zowel "intern", door afzondering, hier door de specifieke bestemming van de ondernemer, ten opzichte van het vermogen van de recht-hebbende(n), als extern ten opzichte van derden als rechtens zelfstandige vermogenseenheid haar "eigen" rechten en verplichtingen heeft. Wat gemeenschappen betreft: deze worden bij ontbinding en vereffening, meer in het algemeen bij executie en verhaal, als zodanig afgewikkeld.

7.2 Vergelijking met Boeschoten-Besier

Een afgescheiden vermogen vindt in de regel zijn oorzaak in de beëindiging of beperking van het subjectieve recht van een persoon op (een deel van) zijn vermogen. Bij de overledene gaat die over op zijn erfgenamen en te hunnen opzichte is de boedel afgescheiden. Bij faillissement verliest de curandus die aan de curator. Associatie (huwelijk, vennootschap) gaat gepaard met verlies van exclusieve beheers- en beschikkingsmacht over de in de gemeenschap vallende goederen. Afscheiding in het eigen belang en/of ten behoeve en in het belang van anderen (fiducia) stuit al spoedig op het fiducia-verbod en de ontbrekende bewindregeling en ook hier grijpen wij dan naar rechtspersonen als hulpconstructie. Zolang de ondernemer zijn volledige recht op de onderneming behoudt, blijft zijn "interne" beheers- en beschikkingsmacht over zijn "deelneming" onbeperkt, ook tot wijziging van de samenstelling of zelfs beëindiging van de onderneming. De "interne afzondering" berust hier op de op het ondernemingsdoel gerichte bestemming van de ondernemer. Bij vennootschappen vormt de onderneming zonder meer een afgescheiden vermogen en bij rechtspersonen staat het gehele ondernemingsvermogen reeds in dienst van de onderneming, reden waarom deze zeer vaak wordt gebruikt als "hulpconstructie". "Persoonsverdubbeling" is een breed aanvaard maatschappelijk verschijnsel, ook buiten de sfeer van het bedrijfsleven.

Art. 3:276 BW bepaalt dat het *verhaalsobject* voor crediteuren bestaat in *alle goederen van de schuldenaar* "voor zover wet of overeenkomst niet anders bepalen". Kan een (privé)-crediteur verhaal zoeken op een of meer *bepaalde* tot de onderneming behorende goederen, laten wij zeggen de

bestelauto van het postorderbedrijf. Het ligt in de rede dat de crediteur zich slechts kan verhalen (zie ook art. 6:2 BW) op (het recht op) de onderneming als geheel en slechts dáárop beslag kan leggen. Immers zou hij, ware dit anders, de onderneming als geheel kunnen verlammen en haar waarde (onevenredig) kunnen aantasten.[38] De onbetaalde aannemer die voor ondernemer Jansen een vakantiehuisje bouwde moet niet door beslag- en executiemaatregelen op bestanddelen van de onderneming de waarde of zelfs het voortbestaan daarvan (ernstig) in gevaar kunnen brengen.
De afzondering manifesteert zich niet alleen in de interne administratie maar ook door inschrijving in het Handelsregister onder vermelding van de naam waaronder hij aan het rechtsverkeer deelneemt. De ondernemer handelt in die hoedanigheid "onder firma", niet als een *vennootschap* onder firma, maar eenvoudigweg - dat is de betekenis in het Italiaans - "onder naam", hier te verstaan als *handels*naam. Geeft deze publiciteit niet de ontbrekende schakel? Ik roep in herinnering dat de Hoge Raad in Boeschoten/Besier voor de, althans eenzelfde vraag stond: of zaaks-crediteuren verhaalsvoorrang genoten boven de crediteuren in privé. Opmerkelijk was zijn overweging: "dat reeds in het Romeinsche recht voor handels*ondernemingen* (cursivering van mij, Raaijmakers) de mogelijkheid van een zelfstandig van de overige goederen des eigenaars, afgescheiden vermogen aangenomen werd, terwijl het stelsel der Nederlandsche wet, wel verre van te zijn nieuw, overeenstemt met de opvatting, die sedert meerdere eeuwen in het handelsrecht van verschillende volken gevonden wordt, en practijk was in het Oud-Vaderlandsche recht". En: dat de zaaks-crediteuren "niet koomen te staan tegenover een schaduwbeeld". De beslissing werd - zij het tegen de toen heersende leer in - echter vooral gegrond op het gebonden karakter van het vennootschapsvermogen, maar als ik het goed zie kan díe niet worden gegrond op het Romeinse societas-recht. De Hoge Raad heeft kennelijk het peculium voor ogen gehad. De meerderjarige zoon en slaaf stonden in het Romeinse recht onder het gezag (patri potestas) van het hoofd der familie (pater familias). Deze laatste kon een deel van zijn vermogen "afzonderen" tot een handelszaak of winkel waarover de zoon of slaaf het beheer voerde. Gingen dezen verbintenissen aan dan had dit effect voor dat afgezonderde vermogen, dat - let wel - formeel bleef toebehoren aan de pater familias. Bij verzuim werd de zoon op basis van een actio adiecticiae qualitatis, hier: de actio de peculio et de in rem verso of de actio tributoria, veroordeeld maar de veroordeling werd tegen de pater familias uitgesproken, zij het - en daarom gaat het hier - dat uitwinning slechts mogelijk was op het peculium, dat wil zeggen het aldus afgezonderde vermogensdeel. Behalve een vorm van "stille" kapitaalverschaffing met

[38] Vgl. Molenaar, a.w., p. 158 e.v.

beperking van verhaalsaansprakelijkheid, zien wij hier ook een als peculium afgescheiden vermogen. Is er nu ook bij de eenmanszaak sprake van een zodanig "schaduwbeeld"?

7.3 Verduidelijking in de wet gewenst

Door te handelen onder de voor zijn onderneming gebruikte naam, dat kan ook zijn eigen naam zijn, geeft de ondernemer te kennen dat hij handelt ten behoeve van zijn onderneming. Uit het gevolgde betoog vloeit dan voort dat het stelsel van de wet reeds thans meebrengt dat de onderneming een afgescheiden vermogen vormt (binnen het overige vermogen van de ondernemer) waarop "zaakscrediteuren" zich bij voorrang kunnen verhalen. Ik ben mij er echter zeer wel van bewust dat ons verhaals- en voorrangsstelsel een strikte opzet heeft. Art. 3:278 lid 2 BW zegt dat voorrechten alleen uit de wet ontstaan. Bij alle onduidelijkheid die bij de totstandkoming van het NBW en nadien ook in de doctrine en bijzondere wetgeving is blijven bestaan, lijkt de zaakscrediteur bij de rechter weinig kans te zullen maken te worden gevolgd in zijn klacht dat hij bij niet-nakoming, in de terminologie van het arrest Boeschoten-Besier, komt te staan tegenover een "schaduwbeeld". Ook ik meen daarom dat de wetgever zelf de gewenste verduidelijking dient te verschaffen.[39]
De gedachtewisseling over art. 3.1.1.11 ONBW dient daarom te worden hernomen. Alsdan dient te worden overwogen de werking van afd. 3.7.2. uit te breiden tot de onderneming. Art. 3:192 BW geeft expliciete voorrang aan de gemeenschaps- boven privé-crediteuren van de deelgenoten. Een bepaling die dit met zoveel woorden zegt voor de onderneming ontbreekt. Het doelbestemde karakter van de tot de onderneming bijeengebrachte goederen en schulden biedt hiervoor, tezamen met de beoogde bescherming van het handelsverkeer, de grondslag en rechtvaardiging.

7.4 Aansprakelijkheid eenmansondernemer

Zeer wel beseffend dat dat een flinke stap verder is, vraag ik mij af of wij ons niet ook zouden dienen te beraden op een zekere beperking van de aansprakelijkheid van de ondernemer voor zijn zaaksschulden. Thans wordt zeer vaak gekozen voor de "vluchtweg" of - zo men wil - de "kunstgreep" van inbreng van een onderneming in een BV, waarvan het wettelijke statuut rigide en de initiële en jaarlijkse kosten niet onbeduidend zijn, terwijl materieel een "separation of ownership from control" zich hier niet voordoet. Een vereenvoudiging van het BV-statuut is dan ook zeer

---

[39] Aldus expliciet H.C.F. Schoordijk, a.w., p. 39.

gewenst.[40] Aanvaardt de wet ook voor eenmansondernemingen een vermogensafscheiding, dan ligt de gestelde vraag voor de hand[41].
Daarbij dienen wij ons te realiseren dat het karakter van afgescheiden vermogen en de daaruit voortvloeiende verhaalspreferentie voor zaakscrediteuren in de regel pas bij insolventie een rol speelt, zoals ook in het arrest Boeschoten-Besier.[42] Een zekere aanzet vinden wij in de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen, opgenomen in Titel III van de Faillissementswet. Deze maakt mogelijk dat een schuldenaar-natuurlijke persoon bevrijd wordt van "restschulden". Dit geldt ook wanneer deze een onderneming heeft, zij het dat hij deze dan als onderdeel van de schuldsanering moet beëindigen.[43] Ik kom hier elders op terug.

7.5 Crediteurenbescherming

De eenmansondernemer is onbeperkt aansprakelijk voor de verplichtingen aangegaan "door" en ten behoeve van de onderneming. De overgang wordt ingeschreven in het Handelsregister. Voor nieuwe schulden is de koper na inschrijving aansprakelijk.[44] Voor "oude" schulden blijft de verkoper mede verbonden. Schuld- en contractsoverneming (art. 6:155) des dat de verkoper geheel wordt bevrijd is niet noodzakelijk, maar vanuit zijn gezichtspunt uiteraard wel wenselijk. Bij een going concern overdracht gaan de *voordien bestaande* schulden over op de voortzettende ondernemer. Bij fusie en splitsing volgt dit uit de overgang onder algemene titel, bij omzetting (art. 2:18) is van overgang geen sprake. Het schuldeisersverzet van art. 2:316 heeft zin omdat de oude debiteur verdwijnt, maar hier blijft die bestaan, al wordt ook hier de onderneming voortgezet als algemeenheid. Bij een activa-transactie is geen sprake van "voortzetting" van de onderneming in haar geheel.
De passiva zijn in de prijs verwerkt en de verkoper garandeert dat er geen andere dan de bekend gemaakte schulden zijn respectievelijk dat daarvoor adequaat is gereserveerd en die reserves mee worden overgedragen. De

---

40 Vgl. Raaijmakers, *"Een Europese BV of hervorming van nationaal recht voor "besloten vennootschappen?"*, Ondernemingsrecht (2001), p. 322-327.

41 Vgl. R.W. Hamilton, *Business Organizations* (1996), p. 176, die, wijzend op het in feite discriminerende effect van de regel dat alleen vennootschappen voor beperking van aansprakelijkheid in aanmerking komen (LLP's), de vraag stelt of niet een "one-person LLP" kan worden gecreëerd met een stroman. "Why not?", schrijft hij. Wij worstelen intussen verder met onze Erik Schaaper-problemen in de "CV + 1".

42 Vgl. Barbara Dauner-Lieb, *Unternehmen in Sondervermögen* (1998).

43 Vgl. par. 286-303 Duitse Insolvenzordnung.

44 HR 18 juni 1952, NJ 1953, 530 (Ontvanger/Kleiberda) en HR 3 februari 1984, NJ 1984, 386, AA 1984, 412 (Damen/Geho) m.nt. P. Van Schilfgaarde.

koper wordt draagplichtig. Ingevolge art. 6:30 mag hij en krachtens de koopovereenkomst moet hij die schulden voldoen. Blijft hij in verzuim dan kan de schuldeiser echter, als deze niet in schuldoverneming heeft bewilligd, de verkoper aanpreken. Betaalt deze dan heeft hij regres op de koper krachtens de overeenkomst, omdat de schuld slechts deze laatste aangaat (art. 6:6 BW e.v.).
De verkopende ondernemer wordt niet bevrijd[45], tenzij overneming plaats vond. Maar hij is wel de beheers- en beschikkingsmacht over zijn onderneming kwijt en daarom rijst de vraag of hij ad infinitum aansprakelijk moet blijven. Een beperking van die aansprakelijkheid in de tijd is gewenst.[46]
Of vorderingen en schulden mee overgaan hangt af van de bedoeling der partijen. Gaan de vorderingen over dan dient aan de schuldenaren mededeling te worden gedaan om te voorkomen dat zij nog bevrijdend kunnen betalen aan de verkoper.

8. De iure constituendo dient een onderneming uno actu te kunnen worden overgedragen.

8.1 De voorgeschiedenis van het Ontwerp Nieuw BW

Met de voorgestelde introductie van het begrip onderneming in het ONBW beoogde Meijers uitvoering te geven aan de wens van de Kamer en de Minister om de overdracht van een onderneming te vergemakkelijken. Art. 3.4.2.9 ONBW stelde de aanvullende eis van een akte. Levering van afzonderlijke bestanddelen werd daardoor niet overbodig. Waren echter de hoofdbestanddelen geleverd, dan belette de omstandigheid dat enige onderdelen niet geleverd waren niet de overgang van de algemeenheid. Aan verdere uitwerking van die regel kwam men niet toe.
Naar komend recht dient buiten twijfel te worden gesteld dat *het recht op* (en daarmede de beheers- en beschikkingsmacht over) de onderneming als een goed in de zin van art. 3:6 BW (bij akte: art. 3:95 BW) kan overgaan en overgedragen kan worden. Met dat recht verwerft de verkrijger ook de hoedanigheid van ondernemer, zodat de daartoe gerichte regels door hem dienen te worden nageleefd (Handelsregister- en Handelsnaamwet, WOR, fiscale verplichtingen, administratieplicht, mededingingsrechtelijke regels,

---

45 Dit sluit aan bij de opmerkingen van Meijers bij de behandeling van de NBW-vraagpunten dat het noodzakelijk was dat "bij overdracht van een handelszaak de oude schulden niet op de nieuwe eigenaar overgaan, zonder dat de oude schuldenaar aansprakelijk zal blijven".

46 Vgl. par. 419 BGB, par. 25 e.v. HGB en artt. 180/181 OR (ZGB) en artt. 2:203 en 403/404 BW.

bijzondere wettelijke voorschriften met betrekking tot de specifieke activiteiten van de onderneming, en zo meer).

De "ongrijpbaarheid" van de onderneming en wat daartoe behoort[47] is niet een echt probleem, zomin als dat bij andere boedelbeschrijvingen het geval is. De onderneming blijft dezelfde bij wisseling van haar samenstelling. Verkoop van gebakken brood, toename van de kas, aanvulling van de voorraad met nieuw gebakken brood, aankoop van nieuw meel, onderhoud en vervanging van machines, het wijzigt alles niet de onderneming van de bakker. Wat daartoe bij overdracht, overgang bij overlijden of bij faillissement, behoort is bepaalbaar bij tussenbalans, opgemaakt aan de hand van de administratie van de vermogenstoestand en alles betreffende het bedrijf.

8.2 Wettelijke regeling gewenst voor overdracht uno actu

De onderneming wordt in continuïteit voortgezet door de koper (vgl. art. 2 Hnw), die daardoor de *hoedanigheid van ondernemer* van de verkoper overneemt. Die mutatie wordt ingeschreven in het Handelsregister (art. 11 Hrb). Zo ook bij de enig erfgenaam die vaders onderneming na diens overlijden voortzet. De levering van de onderneming wordt thans nog in de praktijk in vele gevallen vooraf gegaan door inbreng in een BV (of andere rechtspersoon), gevolgd door levering van de aandelen in die BV. De ondernemer verkoopt immers wat zich in zijn privé-vermogen bevindt: het *recht* op de onderneming *als geheel* en de prijs baseert hij op de waarde (incl. goodwill) daarvan in de privé-balans. Hij verkoopt dat recht, tenzij anders bedongen, naar de toestand van het moment van overdracht, al dan niet met prijscorrectieformules en nadere garanties. De koper wordt ondernemer voor wiens rekening en risico de onderneming wordt gedreven. Het spreekt voor zich dat dat slechts het probleem verplaatst: dan immers moet die onderneming als zodanig worden ingebracht en opnieuw is dan de vraag of dat kan en hoe dat moet.
In het NBW-stelsel blijft naar de heersende leer de levering van afzonderlijke bestanddelen noodzakelijk. Dat miskent echter nu juist het rechtskarakter van de *gehele* onderneming. De vraag rijst wanneer het "hoofdbestanddeel" is geleverd en daarmee de algemeenheid geheel overgaat (ook al worden andere bestanddelen niet geleverd, zoals art.

---

[47] Larenz/Wolff, *Algemeiner Teil des Burgerlichen Rechts*, 8e druk, Munchen 1997, p. 404. Zij citeren met instemming Brechter die de onderneming omschrijft als "vom Personalen her ein werdender Rechtsgegenstand, der nie fertig, nie ganz objektiviert, immer auf dem Weg ist, sich gegenstandlich zu konstituieren und zu integrieren".

3.1.1.11 lid 2 ONBW bepaalde). Is dat bijvoorbeeld de handelsnaam (in combinatie met inschrijving in het Handelsregister)? Het lijkt zeer wel verdedigbaar voor vele kleine ondernemingen met weinig (vaste) activa. In een IT-onderneming vormen deze laatste vaak slechts een gering gedeelte van de totale activa en de waarde van de onderneming.

Stuksgewijze overdracht strijdt met de maatschappelijke werkelijkheid en doet ietwat oud-vaderlandsrechtelijk aan. Een uitdrukkelijke wettelijke mogelijkheid tot overdracht met werking onder algemene titel helpt, maar laat de vraag open *wát* wordt overgedragen. Nodig is zoals bij splitsing een beschrijving van wat op dat ogenblik tot de onderneming behoort aan de hand van de gevoerde administratie en de laatste jaarrekening en balans die daartoe wordt geactualiseerd naar het moment van overdracht. Art. 7:17 (conformiteitregel) geldt. Een adequaat "due diligence"-onderzoek is gewenst. Garanties zijn gebruikelijk: dat de omschrijving juist en volledig is, niets van belang is verzwegen, de balans en interimgegevens juist en volledig zijn, de grond "schoon" is, alle risico's zijn vermeld en afgedekt zijn door reserves en zo meer. De prijs berust niet op een "bloedeloze" saldering van "losse" (dat wil zeggen los van de samenhang der onderneming gedachte) activa en passiva, *maar door waardering van het recht op een onderneming in volle omvang*. Het verschil tussen prijs en net asset value blijkt dan aan goodwill te worden betaald. Het hangt van de omstandigheden en de prijs af of de vervreemder zich dient te onthouden van concurrentie (tijd, regio).

In Pitlo stelde ik voor - naar het voorbeeld van Belgisch en Duits recht[48] - bij uitdrukkelijke wetsbepaling werking onder algemene titel te verlenen, zodat levering niet is vereist en net als bij fusie en splitsing kan worden volstaan met aantekening in de registers ten bewijze van die overgang. Zodat, als het recht op de onderneming is geleverd, levering van bestanddelen niet meer vereist is.
Men kan zich afvragen of - ook zonder wetswijziging - nu reeds zoals bij omzetting, fusie en splitsing *achteraf* (art. 2:18 lid 8 en 318 lid 2) de overgang in de betrokken registers kan worden aangetekend. Het past bij de idee van voortzetting van de onderneming door de koper als nieuwe ondernemer en wisseling van rechtsdrager van een overigens gelijkblijvende onderneming.
Deze benadering stelt de onderneming centraal en sluit voor reorganisaties aan bij het patroon dat zich geleidelijk onder invloed van de EU-richtlijnen (3 en 6) heeft ontwikkeld en voor ons recht ook is uitgebreid tot niet-

[48] Zie artt. 759-773 Wetboek Vennootschappen (1999) en par. 125, 135 en 152-160 Umwandlungsgesetz.

commerciële rechtspersonen. Omzetting, fusie en splitsing staan dusdoende als rechtshandeling centraal, niet meer de rechtsvorm van de onderneming. In dit opzicht verdwijnt aldus het verschil tussen wel en niet-geïncorporeerde ondernemingen. Voor de bescherming van de rechten van werknemers levert deze benadering niets nieuws. Wat vergunningen betreft hangt de overgang af van de mate van persoonsgebondenheid. Mijn medepreadviseur Verstappen heeft de hier besproken gedachte verder uitgewerkt en ik verwijs graag naar zijn betoog.

9. (Het recht op) een onderneming is vatbaar voor de vestiging van beperkte rechten. Het vruchtgebruik noemt de wet expliciet (art. 3:222 BW).

9.1 Vruchtgebruik

Ingevolge art. 3:222 BW kan vruchtgebruik worden gevestigd op "een onderneming". De bepaling geeft daarvoor een regeling voor de verrekening van de tot een algemeenheid behorende schulden. "Wanneer een nalatenschap, *onderneming* (cursivering van mij, R) of soortgelijke algemeenheid in vruchtgebruik is gegeven, kan de hoofdgerechtigde van de vruchtgebruiker verlangen dat de tot die algemeenheid behorende schulden uit de tot het vruchtgebruik behorende goederen worden voldaan (etc.)". Het ondersteunt mijn benadering in verschillende opzichten:

a) de onderneming wordt als één object van vruchtgebruik aangemerkt;
b) op een onderneming kunnen beperkte rechten worden gevestigd; en
c) de bepaling verduidelijkt dat de tot de algemeenheid behorende schulden daarmede zodanig verknocht zijn dat de vruchtgebruiker deze desverlangd zal hebben te voldoen (direct of indirect ten laste van het verleende vruchtgebruik).

Hoezeer ons het pover ontwikkelde begrip van de onderneming in het privaatrecht voor de voeten loopt, illustreert het commentaar op deze bepaling. Asser 3-II, nr. 324 sluit zich aan bij Lubbers en Adriani die "met de meeste klem" de vestiging van vruchtgebruik op een onderneming ontraadden. Doe mij maar een BV om alle narigheid te voorkomen, lijken zij te zeggen. Het overtuigt niet.

Burgerlijke vruchten zijn uiteraard niet die uit de afzonderlijke goederen maar van de onderneming als geheel en dat betekent dus de *netto*-winst. Ten laste van de resultaten zullen uiteraard afschrijvingen dienen te worden verricht. Natuurlijk moeten voorraden kunnen worden bewerkt en vervreemd in de gewone gang van zaken van de onderneming. Art. 3:212 lid 1 is toepasselijk. Voorts wordt opgemerkt dat het vruchtgebruik op een

onderneming bijzondere verplichtingen kan doen ontstaan "die niet rechtstreeks uit de regels betreffende het vruchtgebruik volgen", zoals de mogelijkheid bieden om de goodwill te gebruiken en tijdens de duur van het vruchtgebruik zich van concurrentie met de vruchtgebruiker te onthouden. Dat spreekt eveneens voor zich en is niet een bijzonder probleem voor vruchtgebruik. Dat de vruchtgebruiker zonder meer optredende verliezen moet aanvullen "aangezien hij als ondernemer optreedt" spreekt niet voor zich. Het zou wel heel eenvoudig zijn een onderneming met een hoge waarde doch met producten of diensten aan het einde van de economische levensduur, in vruchtgebruik te geven om na ommekomst van de termijn als inmiddels niemand meer klompen koopt de vruchtgebruiker de verliezen te laten aanvullen (om aldus het eigen vermogen in stand te houden). Ook de rechthebbende weet (als voormalig ondernemer) maar al te goed dat externe factoren het einde van de onderneming kunnen inluiden. Hoe bij het einde van het vruchtgebruik dient te worden gehandeld hangt samen met de besproken overdrachts-problematiek. Hier echter ligt het zeker niet aanstonds voor de hand te spreken van "overdracht" van vorderingen[49] nu de hoofdgerechtigde zijn door het vruchtgebruik tijdelijk "ingekorte" recht behoudt.
"Zeer gecompliceerd is de verhouding tussen partijen wanneer het vruchtgebruik tot een einde is gekomen".[50] Anders dan terzake van aanzuivering van verliezen merken de schrijvers nu op dat beoordeeld moet worden of de oorzaken van een waardevermindering (die toch wel zal blijken uit geaccumuleerde verliezen?!) is gelegen in "onjuist (?) beheer". Afgezien dat die norm mij onjuist lijkt, doemt hier een niet behandelde vraag op, nl. die naar de décharge gedurende het vruchtgebruik. Ligt het niet in de rede dat de vruchtgebruiker tenminste jaarlijks rekening doet van zijn beheer aan de hoofdgerechtigde en deze betrekt bij ingrijpende besluiten. Ik merk hierbij nog op dat zich bij beëindiging van het vruchtgebruik ook de omgekeerde vraag kan voordoen, nl. of de vruchtgebruiker recht kan doen gelden op de door hem gerealiseerde waardestijging van de onderneming, waarover het meergenoemde Bos/Steffens-arrest. Over deze problematiek is heel veel meer te zeggen dan de schrijvers ons voorhouden. Een vergelijking met het over een onderneming gevoerd bewind ligt allereerst voor de hand, want in wezen doen zich daar dezelfde vragen voor. Beheer heeft hier een "conserverend" karakter, omdat de volledige vrijheid (beheersmacht) van de rechthebbende zelf ontbreekt (art. 1:337-377 jo.385/386 en 410). De rechthebbende heeft ook in dat geval niet meer de volledige bevoegdheid tot uitoefening van

---

[49] Asser 3-II, nr. 326.
[50] Asser 3-II, nr. 327.

beheersmacht. Tot voortzetting van een onderneming is rechterlijke machtiging vereist (art. 1:351), maar de wet zwijgt ook daar over de functie van de bewindvoerder als "ondernemer". Bewind kan, met hetzelfde patroon en ook voor een onderneming, ook bij testament worden ingesteld (art. 4:4.7.1 e.v.) en dan is er wel afscheiding. Maar ook daarvoor zal wel het advies gelden dat de schrijvers geven aan het slot van hun beschouwingen: "Deze ongewisheden benadrukken wel de juistheid van het hiervoor onder nr. 324 reeds genoemde advies om het legateren van een vruchtgebruik op een onderneming bij testament of het vestigen van een dergelijk vruchtgebruik te voorkomen".
Het gaat hier te ver om de opgeworpen vragen te vergelijken met de wettelijke oplossingen die het Duitse Aktiengesetz biedt terzake van onder meer Betriebspacht, Betriebsführung en Gewinnabführung. Ik kom daarop elders terug.

9.2 Pandrecht

In de ontwikkelde gedachtelijn past nu dat ook een pandrecht op een onderneming kan worden gevestigd, zowel op de algemeenheid als op het recht op de onderneming. Ik verwijs hiervoor naar Molenaar, Pandrecht, Monografieën Nieuw BW, dl. B12a, nrs. 20 en 21 en diens genoemde dissertatie waarin ook de reeds lang bestaande Franse en Belgische regeling worden behandeld.

9.3 Verhuur, pacht en beheer van een onderneming

In aansluiting op mijn slotopmerkingen onder 9.1 merk ik volledigheidshalve op dat een onderneming ook kan worden verhuurd of verpacht en onder beheer of bewind kan worden gesteld. De bespreking daarvan bewaar ik voor een andere gelegenheid.

10. Reorganisaties van ondernemingen

10.1 Inleiding

Over reorganisaties wil ik kort zijn. Ik wil de aandacht niet te veel afleiden van de hier boven besproken onderwerpen, dit preadvies niet te lang maken en, omdat ik al vaker schreef over dit onderwerp, verwijzen naar mijn eerdere publicaties. Het is zonneklaar dat verdieping van ons begrip en inzicht in het rechtskarakter en de behandeling van de onderneming in het privaatrecht van wezenlijk belang is voor een adequate behandeling van zich reeds thans voordoende vraagstukken, zoals rond de zoëven besproken

figuren van vruchtgebruik, pand, beheer en personenrechtelijk bewind, maar a fortiori wanneer wij ons zetten aan de door mij vaker bepleitte uitbreiding van reorganisatiemogelijkheden voor ondernemingen.

10.2 Wijzigingen met betrekking tot de ondernemer en de onderneming

Tot dusver spraken wij in hoofdzaak over de onderneming *an sich* en in haar rechtsbetrekking tot de ondernemer-natuurlijke persoon. Die kan veranderen door:

a) wijziging in de aard van de rechtsbetrekking tussen ondernemer en zijn onderneming zonder wijziging van de persoon van de ondernemer (zoals verhuur, verpachting, handelen voor rekening en risico van de ondernemer, bewind, beheer, cost company);
b) wijziging in de persoon of bevoegdheid van de ondernemer zelf (overgang, overdracht, voortzetting, overlijden, huwelijk, geregistreerd partnerschap, faillissement, surséance, vennootschap, incorporatie, inbreng, fusie, splitsing en afsplitsing, ontbinding);
c) reorganisaties. Enkele daarvan zijn in het rechtspersonenrecht geregeld (omzetting, fusie, splitsing, afsplitsing, statutenwijziging) maar strikt voorbehouden aan rechtspersonen (meestal "van dezelfde soort"). Vergelijkbare reorganisaties van eenmansondernemingen en ondernemingen van een vennootschap zijn mogelijk door middel van voortzetting door erven of vennoten. De schoen begint te wringen als wij de grenzen daartussen overschrijden.

10.3 De juridische aspecten van reorganisaties

Wet en praktijk zijn uiteen gegroeid. De geringe aandacht voor de eenmansonderneming is omgekeerd evenredig met haar maatschappelijke belang (eind 2000: plm. 360.000 in Nederland en - ter vergelijking - plm. 4 miljoen in de hele EU) en privaatrechtelijke complexiteit in verband met persoonlijke lotgevallen van de ondernemer, opvolging, voortzetting en "exit"-modellen. Weinig aandacht is er voor de realiteit van de levenscyclus van vele ondernemingen en de facilitering van de reorganisatiestappen in die cyclus, mede gelet op de invloed van fiscaal gedreven keuzes. Te weinig aandacht is er ook voor de samenhang met reorganisatie van overheidsondernemingen, blijkend uit moeilijk verklaarbare verschillen bij privatiseringswetten en toepassing van de Wet ARHI. Het zijn steeds dezelfde vragen en aspecten:

a) of met behoud van identiteit een rechtsdrager zich kan omzetten in een andere rechtsvorm (wijziging van statuut, statuten, doel, activi-

teiten, materiële statuten-"wijziging", "Korenschoof"[51], door verkoop en omvorming tot een kasgeld-NV/BV); en hoe dient te worden gehandeld indien sprake is van materieel behoud van identiteit (persoonsverdub-beling);

b) of met behoud van identiteit een onderneming kan worden overgedragen aan dan wel als geheel kan worden ingebracht in of voortgezet door een andere rechtsdrager; dan wel minder vergaande beperkingen in het recht op de onderneming kunnen worden aanvaard (huur, pacht, bewind);

c) hoe bij die reorganisaties de belangen van derden dienen te worden gewaarborgd;

d) hoe bij reorganisaties de belangen van minderheidsaandeelhouders en medegerechtigden worden gewaarborgd (exit- en waardebepalings-regelingen);

e) hoe de onderneming wordt gewaardeerd (met het oog op exit, maar ook op maximalisatie van waarde voor crediteuren);

f) hoe de rechtsdrager wordt ontbonden en welke bescherming belanghebbenden daarbij genieten; hoe het bestaande samenwerkingskarakter wordt behouden bij reorganisatie;

g) hoe aansprakelijkheidsbeperkingen of -verruimingen doorwerken bij reorganisaties (incorporatie of desincorporatie, ontbinding zonder vereffening);

h) hoe en in hoeverre grensoverschrijdende reorganisaties mogelijk zijn respectievelijk zouden moeten worden gemaakt. Met grote klem herhaal ik mijn pleidooi voor herziening en verbreding van het wettelijke menu van ondernemingsvormen en het reorganisatie-instrumentarium, dit laatste geïnspireerd door het Duitse Umwandlungsgesetz (1995) en het Belgische Wetboek Vennootschappen (1999). Het maatschappelijke belang bij zodanige herziening is evident. Dat Nederland niet alleen achterop raakt in de "regulatory competition" die zich binnen de EU begint af te tekenen, maar door haar achterblijven ook weinig heeft in te brengen in het Europese wetgevingsproces (in dit verband: grensoverschrijdende reorganisaties), zal onze voorvaderen niet met trots vervullen.

Tot besluit

Zoals opgemerkt in de inleiding in nummer 1.1 had ik niet de ambitie een kant en klaar betoog voor te leggen, maar, voortbouwend op de beschouwingen in Pitlo/Raaijmakers, veeleer een aantal uitgewerkte

[51] W.C.L. van der Grinten. *De regels van het spel*, N.V. 38, p. 173 e.v.

discussiepunten. Ik begon met een korte aanduiding van het maatschappelijke belang van een duidelijk ondernemingsbegrip in het privaatrecht, niet slechts voor de keuze van een adequate rechtsvorm en voor reorganisaties in de levenscyclus van ondernemingen, maar ook ter verduidelijking op andere terreinen, zoals het personen-, familie-, erf-, faillissements- en belastingrecht. Na een analyse van het begrip ondernemer en een beschrijving van wat tot een onderneming kan behoren, kwam ik - mede aan de hand van de afgebroken beraadslagingen bij de totstandkoming van het Nieuw BW - tot de slotsom dat een onderneming moet worden aangemerkt als een algemeenheid van goederen en schulden en het recht daarop als een afzonderlijk vermogensrecht. Die algemeenheid van goederen en schulden vormt, zo stelde ik vervolgens, een afgescheiden vermogen. Omdat zulks leidt tot wijziging van de verhaalsvolgorde, immers voorrang verschaft aan zaaks- boven privé-schuldeisers, heb ik voorgesteld dat de bestaande onduidelijkheid daaromtrent mede gelet op het belang voor de praktijk, wordt opgeheven door een uitdrukkelijke wettelijke regeling. Daarbij heb ik de vraag opgeworpen of niet in een (zekere) beperking van de aansprakelijkheid van de eenmansondernemer dient te worden voorzien in lijn met de restschuldbevrijding van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen. Voorts heb ik gepleit voor een uitdrukkelijke wettelijke regeling voor de overdracht en levering uno actu van een gehele onderneming. Na een korte bespreking van de problemen bij vruchtgebruik van een onderneming en een aanduiding van pandrecht op en huur, pacht en beheer van ondernemingen, sloot ik af met een schematische aanduiding van door mij eerder bepleitte reorganisatie-mogelijkheden en een aansporing die nu ook daadwerkelijk ter hand te nemen. Nederland moet niet achterop raken!

Nuenen, november 2001

Overdracht onder algemene titel

Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht, Rijksuniversiteit Groningen.
Kandidaat-notaris te Nijmegen.

> *"Universalsuccession ist ferner Uebernahme eines Handlungsgeschäftes mit Activen und Passiven; sollte das jetzt je noch nicht anerkannt werden wollen, so wird sich sicherlich der Handelsverkehr in nächster Zeit diese Anerkennung erzwingen. Alle diese Fälle können freilich als Analogien der Erbfolge angesehen werden, so dass diese das Muster für sie bleibt.", A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Band II, Leipzig 1886, p. 533-534, noot 2.*

1. Inleiding

Wie zich in de (notariële) praktijk bezig houdt met het reorganiseren van ondernemingen en non-profit organisaties, begeeft zich ruwweg op twee in academisch opzicht te onderscheiden terreinen: het terrein van de rechtssubjecten, oftewel de rechtsdragers, en het terrein van de rechtsobjecten: het vermogen als verzamelnaam voor goederen, schulden en rechtsverhoudingen. Met kan dit ook anders benaderen. Reorganisaties kunnen zich civielrechtelijk binnen twee sferen voltrekken: binnen de sfeer van het organisatierecht (samenwerkingsverbanden van natuurlijke of rechtspersonen) en binnen de sfeer van het vermogensrecht. Betreft het de reorganisatie van natuurlijke en rechtspersonen of de reallocatie van vermogen(sbestanddelen)? Beide aspecten kunnen weliswaar theoretisch van elkaar worden onderscheiden, maar zijn bij reorganisaties meestal onlosmakelijk met elkaar verbonden en dus feitelijk niet te scheiden.
Mijn medepreadviseur Raaijmakers heeft zich in zijn preadvies toegelegd op de inhoud van het privaatrechtelijke begrip onderneming en de inpassing daarvan in het algemene privaatrecht in het licht van reorganisaties van ondernemingen. Mijn taak is het om de vermogensrechtelijke kant van reorganisaties te belichten. Ik richt mij op de kern van waar het bij reorganisaties in vermogensrechtelijk opzicht om gaat: vermogensbestanddelen (goederen, schulden en vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen zoals overeenkomsten) moeten worden gerealloceerd. Welke middelen biedt het vermogensrecht? Wat zijn de vereisten en de voor- en nadelen? Alle overige mogelijke afspraken die in verband daarmee kunnen worden gemaakt, zoals balansgaranties, non-concurrentie afspraken e.d., blijven buiten beschouwing. Het gaat uitsluitend om de vermogensrechtelijke kern van het reorganiseren van ondernemingen en andere organisaties van mens en kapitaal.

In de nummers 2 en 3 wordt nader ingegaan op het belang van het onderwerp en het systeem van het privaatrecht. Vervolgens stel ik mij in nummer 4 de vraag welke de belangrijkste reorganisatie-"tools" zijn die ons recht kent en welke voorwaarden daaraan worden gesteld. De twee belangrijkste "tools", te weten: rechtsopvolging onder algemene titel krachtens fusie en (af)splitsing[1] enerzijds en overdracht, schuld- en contractsoverneming anderzijds, worden vervolgens in de nummers 5 respectievelijk 6 aan een nader onderzoek onderworpen. In het bijzonder

[1] Met het begrip (af)splitsing worden in dit preadvies alle vormen van splitsing aangeduid. Onder dit begrip vallen zuivere splitsing, waarbij de zich splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan, en afsplitsing, waarbij de afsplitsende rechtspersoon blijft voortbestaan.

wordt daarbij aandacht geschonken aan de vraag op welke punten de bestaande wettelijke regeling onvolledig is, onduidelijkheden bevat dan wel onnodige beperkingen opwerpt. In nummer 7 wordt vervolgens kort over de grenzen heen gekeken naar onze oosterburen. Hoe hangt de vlag er bij hen op dit punt bij? Naar aanleiding van alle bevindingen wordt in nummer 8 een ruwe schets gegeven van een mogelijke algemene regeling van overdracht onder algemene titel in de Boeken 3 en 6 BW. Het geheel wordt afgesloten met een eindconclusie in nummer 9.

Het preadvies heb ik de titel overdracht onder algemene titel meegegeven. Daarmee doel ik op iets dat (nog) geen geldend recht is: een nieuwe wijze van verkrijging, of zo men wil overgang van goederen, schulden en rechtsverhoudingen zoals overeenkomsten, die het midden houdt tussen overdracht en rechtsopvolging onder algemene titel: overdracht onder algemene titel. Uit mijn betoog vloeit voort dat in de praktijk de behoefte bestaat aan een nieuwe rechtsfiguur die het mogelijkheid maakt om met één rechtshandeling meerdere vermogensbestanddelen in één keer te doen overgaan van de ene (rechts)persoon op de andere. In nummer 8 wordt een eerste aanzet gegeven voor een dergelijke regeling. Deze eerste aanzet is niet meer dan een discussiestuk, waarin al vast enige piketpaaltjes worden uitgezet.
In zekere zin bouwt dit preadvies voort op de preadviezen van S. Gerbrandy en J.J.G. van Roosmalen uit 1966 getiteld: "Dient de wet regelen te geven betreffende de onderneming als voorwerp van rechtshandelingen?" en voor een deel op drie proefschriften; dat van J. de Ruiter uit 1963 getiteld: "Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het Ontwerp Burgerlijk Wetboek"[2], het proefschrift van F. Molenaar getiteld "Een hele onderneming"[3] en ten slotte mijn eigen proefschrift over Rechtsopvolging onder algemene titel.[4] Het ligt in de lijn van de vele betogen van mijn medepreadviseur Raaijmakers over de verdere flexibilisering van ons ondernemingsrecht.[5] Ten slotte mag Huizink niet

---

2 Zwolle 1963.

3 Zwolle 1973; zie ook diens bekroond antwoord op de door de Vereeniging "Handelsrecht" in 1965 uitgeschreven rechtsvraag: Verdient het – met inachtneming ook van ervaringen elders – aanbeveling de eenmanszaak in de Nederlandse wet te regelen, en zo ja, in welke zin?, Zwolle 1965.

4 L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, Deventer 1996.

5 M.J.G.C. Raaijmakers, *Reorganisaties van vennootschappen en rechtspersonen: omzetting, fusie en (af)splitsing*, WPNR 6276 (1997); Uitbreiding juridische fusie en (af)splitsing WPNR 6280 (1997) en Pitlo/Raaijmakers, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer 2000, met name hoofdstuk 9.

onvermeld blijven: hij heeft in 1996 de discussie een impuls gegeven.[6] Vele elementen uit deze werken komen in het navolgende terug.

2. Het belang van het onderwerp

Recht is een in tijd en plaats gebonden fenomeen. Het recht is vaak de juridische neerslag van een vertraagde reactie op ontwikkelingen die zich in de maatschappij voltrekken.
Allerlei ontwikkelingen in de maatschappij maken dat de spankracht en de flexibiliteit van het recht op vele fronten op de proef wordt gesteld. Nieuwe informatietechnologieën stellen het huidige privaatrecht voor vragen waaraan de ontwerpers in hun stoutste dromen waarschijnlijk niet zouden hebben gedacht. De toenemende internationalisering en globalisering brengen schaalvergroting met zich. Bedrijven fuseren, splitsen zich en zetten zich als kameleons om in andere rechtsvormen, teneinde in de jungle van de markt overeind te blijven. Survival of the fittest: niet de sterkste dinosauriër overleeft, maar de zichzelf aanpassende homo sapiens.
Het aanpassingsvermogen van bedrijven aan nieuwe economische omstandigheden is in de markt een belangrijke overlevingsfactor. Een bepaalde bedrijfsstructuur heeft doorgaans slechts een beperkte houdbaarheid. Succesvolle ondernemingen bevinden zich veelal in een constant proces van reorganisatie, eigenlijk een constant proces van het aanpassen aan de steeds maar veranderende technologische, maatschappelijke en economische omstandigheden.
Het recht heeft bij dit proces in niet onbelangrijke mate een ordenende en sturende functie met het oog op de door de maatschappij gewenste rechtszekerheid. Het privaatrecht is hierbij, anders dan het strafrecht, het staatsrecht of het bestuursrecht, in hoge mate facilitair: het schept het juridische kader en de juridische middelen om ordening in het rechtsverkeer tussen burgers te creëren teneinde de rechtszekerheid in datzelfde rechtsverkeer te bevorderen.[7] Deze faciliterende functie laat zich grotendeels verklaren uit het gegeven dat in het privaatrecht voornamelijk particuliere, private belangen een hoofdrol spelen en het algemeen, publieke belang weliswaar niet te verwaarlozen, maar toch veelal bijzaak is.

---

6 J.B. Huizink, *De onderneming in Boek 3 BW?*, WPNR 6249 (1996).

7 Vgl. M. Enzinger, *Umwandlungsrecht Quo Vadis*, Wirtschaftsrechtliche Blätter; Zeitschrift für Österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht, 1997, nr. 1, p. 4: "Sinn und Zweck der Umwandlungsgesetzgebung ist die Marscherleichterung bei derartigen Vorgängen", alsmede R.A. Macdonald. *Reconceiving the Symbols of Property*, Universalities, Interests and Other Heresies, McGill Law Journal 1994, vol. 398, nr. 4, p. 762.

Deze functie van het recht moet men niet alleen statisch zien, maar primair juist dynamisch: ordening en rechtszekerheid, niet alleen met betrekking tot de rechtstoestand op een gegeven moment, maar juist met het oog op de vele mutaties die in de sfeer van rechtssubjecten, rechtsobjecten en rechtsverhoudingen plaatsvinden.
Het recht maakt daarbij uiteraard niet alles mogelijk. Justitiabelen zijn gebonden aan allerlei formele en materiële regels die allerlei doelen dienen. Zo stelt de wet vormvoorschriften aan bepaalde transacties, moet soms verplicht de notaris worden ingeschakeld of moeten transacties worden geregistreerd. De grijze en zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen stellen allerlei inhoudelijke eisen aan algemene voorwaarden. Soms worden die regels als knellend ervaren, zoals bijvoorbeeld het mededelingsvereiste bij cessie van vorderingsrechten[8] of het bepaaldheidsvereiste bij stille verpanding van vorderingsrechten.[9]

Daarbij moet nog het volgende in ogenschouw worden genomen. In een mede door schaalvergroting steeds internationaler wordende wereld zal, afgezien van het streven om regelgeving te harmoniseren, de ondernemer die bepaalde zaken geregeld wil hebben en daarvoor de keuze heeft tussen verschillende rechtsstelsels, kiezen voor het stelsel dat hem op de eenvoudigste wijze het door hem beoogde rechtsgevolg kan bieden. Hij zal gaan shoppen: de rechtshandeling of de organisatie van zijn activiteiten wordt zodanig vorm gegeven, dat hij onder het voor hem meest gunstige recht zal vallen. Bijvoorbeeld de vlucht naar exotische rechtspersonen gezeteld in Jersey of de Nederlandse Antillen, of het separeren van vermogen in een naar buitenlands recht opgerichte trust dan wel het overeenkomen dat een ander dan het Nederlandse recht een overeenkomst van cessie zal beheersen, zodat dat recht ook op de levering van toepassing

---

8 Zie hierover W.A.K. Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk*, oratie KUN 1998, p. 39 e.v. en H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, Cessie, preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht Deventer 2000, p. 21 e.v.; M.H.E. Rongen, *Onderneming en effecten*, Deventer 1998, p. 424; H.L.E. Verhagen, Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht, 1997, p. 163, maar ook T.H.D. Struycken, *Naar een praktische invulling van het mededelingsvereiste voor cessie*, WPNR 6351 (1999).

9 Zie HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 met noot van W.M. Kleijn en HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447, eveneens met noot van W.M. Kleijn, HR 19 september 1997, NJ 1998, 689, HR 19 december 1997, NJ 1998, 690 en recentelijk nog HR 26 juni 2001, RvdW 2001, 126, alsmede *Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling*, in Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997, p. 121-162., S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Bepaaldheidsvereiste bij cessie en verpanding van vorderingen*, WPNR 6324 (1998); T.H.D. Struycken, *De eliminatie van het bepaaldheidsvereiste*, WPNR 6366 (1999) en S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Een streng bepaaldheidsvereiste: geldend recht of "wishful thinking"*, WPNR 6374 (1999).

is.[10] Het recht regelt dus niet alleen concurrentieverhoudingen, maar is daarbij tegenwoordig meer dan vroeger zelf ook onderworpen aan de wetten van de marktwerking. Mijn medepreadviseur Raaijmakers heeft ervoor gewaarschuwd dat wij bij het buitenland, ook voor wat de ontwikkeling van nieuwe rechtsvormen betreft, achterop raken.[11]

Voorts noopt een aantal algemene ontwikkelingen binnen de sfeer van de overheid tot een verregaande heroverweging van dogmatisch schijnbaar goed geregelde privaatrechtelijke rechtsfiguren. Ik doel hiermee op het dwars door alle departementen gevoerde beleid van Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit. De overheid trekt zich op een breed front terug: zij wil zich tot de kerntaken beperken en al het overige in meerdere of mindere mate privatiseren.[12] Veel dienstverlening waarvan men vroeger vond dat het de taak van vadertje Staat was, is nu in handen van verzelfstandigde overheidsdiensten, van geheel geprivatiseerde overheden, dan wel geheel overgelaten aan de marktwerking, dat wil zeggen dat het geen geheel of gedeeltelijk gemonopoliseerd (semi-)overheidsterrein meer is.[13] Veelal heeft de overheid zich niet helemaal teruggetrokken, maar wordt nog op afstand invloed uitgeoefend door bijvoorbeeld een concessie- of vergunningenstelsel. Voor lucratieve concessies of vergunningen om bepaalde activiteiten te mogen ondernemen moet dan wel worden betaald, soms exorbitant veel. Dat maakt dergelijke concessies of vergunningen voor de ondernemer tot productiemiddelen, die een waarde hebben en waarop kan worden afgeschreven.[14] Niet altijd is duidelijk wat de civielrechtelijke status ervan precies is (kunnen zij worden overgedragen of verpand?). Voorbeelden hiervan zijn er genoeg: de trein, taxi's, de post,

---

10 Zie HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585 (Brandsma q.q./Hansa Chemie A.G.), waarin werd geoordeeld dat niet alleen de obligatoire overeenkomst die tot levering van een vorderingsrecht verplicht, maar ook de levering daarvan zelf, de cessie, naar Duits recht geldig was omdat dat het recht was dat volgens het EVO op de overeenkomst van toepassing was. Vgl. ook W.A.K. Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk*, oratie KUN 1998, p. 3-4 en over dit arrest p. 11 e.v..

11 M.J.G.C. Raaijmakers, *Reorganisaties van vennootschappen en rechtspersonen: omzetting, fusie en (af)splitsing*, WPNR 6276 (1997), p. 437 en 441. Zijn woorden moeten denk ik toch wel enigszins genuanceerd worden bij het lezen van het bericht dat Nederland door The Economist op de eerste plaats is gezet als meest aantrekkelijk vestigingsland voor bedrijven van de wereld (zie NRC Handelsblad zaterdag 18 augustus 2001, p. 13).

12 Vgl. ook de afscheidsrede van J.M.M. Maeijer, *Privatisering*, Deventer 1997.

13 Vgl. het Themanummer Privatisering, Stichting & Vereniging, 1994, nr. 3.

14 Vgl. in fiscalibus het besluit van de staatssecretaris van Financiën d.d. 6 september 1999, nr. DB99/128M, BNB 1999, 430 inzake de fiscale behandeling van melk- vis- en suikerquota, alsmede varkens- fokzeug- en ammoniakrechten. Zie ook HR 15 februari 1984, BNB 1984, 171, waarin het karakter van de vergunning als zelfstandig goed door de Hoge Raad is erkend.

energieproductiebedrijven, radiofrequenties, mobiele telefoonfrequenties, etc.[15]

Anderzijds treedt de overheid op bepaalde marktterreinen juist sturend op. Zo zijn de afgelopen decennia op talrijke marktterreinen vergunningenstelsels geïntroduceerd, met name in de agrarische sector (productierechten zoals melk-, mest- en suikerquotering). Ook hier zien we dat vergunningen belangrijke productiemiddelen zijn, waarvoor betaald moet worden en waarop kan worden afgeschreven. Het zijn doorgaans vermogensrechten in de zin van art. 3:6.

Ten slotte moet gewezen worden op de ICT-ontwikkelingen. IP-adressen, domeinnamen, gegevens in databestanden, etc. Zijn het goederen? Kan men er eigenaar van zijn? Zijn het vorderingsrechten als bedoeld in art. 3:83 lid 1, of vallen zij onder de categorie andere vermogensrechten als bedoeld in lid 3 van dit artikel?[16] Hun vermogensrechtelijke status is nog niet helemaal, of misschien wel helemaal niet uitgekristraliseerd. Zijn ze overdraagbaar? Zo ja, hoe? Kan er pandrecht op gevestigd worden? Welke regels zijn daarop van toepassing? Het zijn vragen waarvan ik niet zou willen pretenderen er allemaal pasklare antwoorden op te kunnen geven, maar waarvan ik zeker weet dat zij in het kader van dit preadvies een niet onbelangrijke rol spelen. Vast staat dat ons huidige recht (met name het Burgerlijk Wetboek) met het oog op al deze nieuwe vermogensrechten onvoldoende is toegerust.

Nu dergelijke bijzondere productiemiddelen van al dan niet publiekrechtelijke aard, veelal van eminent belang zijn voor de economische activiteiten waaraan zij dienstbaar zijn, zal niet in het midden kunnen blijven wat hun vermogensrechtelijke status precies is. Bij het realloceren van vermogen zal hiermee terdege rekening moeten worden gehouden.

Het recht is dienstbaar aan de maatschappij en niet omgekeerd. Het recht dient zich dan ook zoveel mogelijk aan te passen aan de veranderende behoeften die zich in de maatschappij, in de samenleving doen gevoelen. Zolang de maatschappij zich verder ontwikkelt, zal er aan het gebouw van het recht moeten worden gewerkt. Het bouwwerk zal in deze zin ook nooit kunnen worden afgemaakt. De Boeken 1 en 2 van ons Burgerlijk Wetboek zijn al ettelijke keren herzien. Dat zal de Boeken 3, 5 en 6 vermoedelijk niet bespaard blijven.

---

15 Zie B.W.M. Nieskens-Isphording, *Overdracht/Übertragung*, Ars Aequi Nijmegen 1999, p. 19, die ook wijst op de toename van vermogensbestanddelen in de vorm van vergunningen e.d.. Nieuwe eigendom noemt zij het.

16 Alle aangehaalde artikelen zijn uit het Burgerlijk Wetboek, tenzij anders aangegeven.

Deze ietwat lange aanloop over de dienende functie van het recht in de samenleving is het bredere kader waarin mijn bijdrage geplaatst dient te worden.

3. De bouwstenen in het vermogensrecht: rechtssubjecten, rechtshandelingen, rechtsfeiten, rechtsobjecten (goederen en schulden) en rechtsverhoudingen

Bij reorganisatie van ondernemingen en andere organisaties worden vaak ook vermogensbestanddelen gerealloceerd. Om dit goed te begrijpen is het, denk ik, zinvol de systematische uitgangspunten aan te geven waarbinnen dit in juridisch opzicht plaatsvindt.
Elk rechtssysteem kent in meerdere of mindere mate structuren. Het recht bedient zich van juridische, fictieve structuren. Het recht op zich geeft slechts de sjabloon, een model van deze structuren. De belangrijkste bouwstenen binnen het model van het recht zijn de begrippen: rechtsverhouding, rechtssubject en rechtsobject. Deze begrippen zijn abstracties, gevormd door de rechtswetenschap teneinde de intermenselijke verhoudingen, voor zover zij rechtens betekenis hebben, aanschouwelijk te maken. Zij staan derhalve niet los van de werkelijkheid, zij zijn niet autonoom. De daadwerkelijke invulling van het model geschiedt door het verrichten van (rechts)handelingen en door het plaatsvinden van rechtsfeiten. Het model is onbepaald, de invulling ervan bepaald. Deze structuren zijn in de tijd niet statisch; zij veranderen steeds. Het model verandert als gevolg van wetgeving en rechtspraak, de concrete invulling van het model verandert als gevolg van (rechts)handelingen en rechtsfeiten. (Rechts)handelingen en rechtsfeiten zijn de oorzaak van het ontstaan, wijzigen en tenietgaan van rechtsverhoudingen. Aldus verkrijgt men een soort organisch geheel, een synthese tussen hetgeen normatief door wetgever en jurisprudentie aan regels is vastgesteld en de daadwerkelijke invulling: de als gevolg van (rechts)handelingen en rechtsfeiten ontstane rechtsverhoudingen.
Rechtsverhoudingen verbinden personen in juridische zin met elkaar. Aldus bestaat in de maatschappij een netwerk van rechtsverhoudingen. Dit netwerk vormt een afspiegeling van de verhoudingen waarin personen in de maatschappij tot elkaar staan, althans voor zover deze verhoudingen rechtens betekenis hebben.
Het object van een rechtsverhouding kan worden omschreven als het onderwerp van de rechtsverhouding; hetgeen met de rechtsverhouding wordt geregeld, waaronder met name zaken en vermogensrechten zijn begrepen.
De subjecten zijn de personen die betrokken zijn bij rechtsverhoudingen. Met andere woorden: hen gaat de rechtsverhouding direct aan. Wij

verdelen de rechtssubjecten in natuurlijke en rechtspersonen. Elke balans heeft twee kanten: het actief en het passief, de bezittingen en de schulden. Zo kent een rechtsverhouding ook veelal één of meer actieve en passieve kanten of, zo men wil, rechten en plichten.
Binnen dit systeem kunnen goederen, schulden en rechtsverhoudingen van het ene rechtssubject overgaan op het andere. Wij spreken in deze gevallen van derivatieve verkrijging omdat het goed, de schuld of de rechtsverhouding niet nieuw ontstaat bij de verkrijger. Rechtsopvolging onder algemene titel krachtens fusie en (af)splitsing enerzijds en overdracht anderzijds zijn derivatieve verkrijgingen. Rechtverkrijging onder algemene titel is altijd een vorm van derivatieve verkrijging, rechtverkrijging onder bijzondere titel niet altijd, maar in ieder geval wel als het gaat om overdracht.[17] Overdracht is een species van overgang. Inhoudelijk bestaat tussen originaire en derivatieve verkrijging verschil: bij originaire verkrijging sleept het goed in beginsel geen verleden mee, bij derivatieve verkrijging wel.[18] Dit dogmatische onderscheid tussen originaire en derivatieve verkrijging heeft evenwel slechts een academische functie: het recht kent daaraan geen rechtsgevolg toe. Het onderscheid tussen rechtverkrijging onder algemene titel en rechtverkrijging onder bijzondere titel daarentegen, heeft wel inhoudelijke betekenis. Zie bijvoorbeeld de artt. 3:80, 102, 112 en 116, alsmede de artt. 6:106 lid 2 en 249 voor rechtverkrijging onder algemene titel en de artt. 3:24, 25, 26 (derdenbescherming) voor rechtverkrijging onder bijzondere titel.

Meijers heeft het onderscheid tussen rechtverkrijging onder algemene titel en rechtverkrijging onder bijzondere titel in art. 3:80 voorop gesteld.[19] De onderscheiding is volgens hem van belang voor de vraag of de verkrijger de positie van een derde inneemt of als voortzetter van de volledige rechtspositie van zijn voorganger moet worden beschouwd. In verband met dit rechtsgevolg vindt rechtverkrijging onder algemene titel alleen plaats, wanneer een "gans vermogen" op een ander overgaat. Een dergelijke overgang is zonder wettelijke basis noch onder het oude recht, noch onder het nieuwe recht geoorloofd. Meijers maakt daar wel de kanttekening bij, dat hieruit nog niet volgt dat ten aanzien van alle goederen verkrijging onder algemene titel mogelijk is; de wet en een overeenkomst kunnen anders bepalen.

---

17 Vgl. ook Nieskens Isphording 1999, p. 23-26.

18 Deze algemene regel kent uiteraard uitzonderingen, zoals bijvoorbeeld wanneer derdenbeschermingsregels van toepassing zijn. Zie *Goederenrecht*, Snijders-Rank-Berenschot, Deventer 1996, nr. 244.

19 Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 307.

Een verkrijging van een algemeenheid van goederen krachtens een rechtshandeling, bijvoorbeeld koop, is een derivatieve verkrijging. Bij een dergelijke verkrijging komt volgens Meijers immers een derde krachtens een bijzondere titel in de plaats van de oorspronkelijk gerechtigde en aan hem zullen de afzonderlijke, tot de algemeenheid behorende goederen geleverd moeten worden. De wetgever kan evenwel rechtsgevolgen van de rechtverkrijging onder algemene titel aan rechtverkrijging onder bijzondere titel verbinden, aldus Meijers.[20] Men bedenke bij hetgeen Meijers zegt dat fusie en (af)splitsing destijds nog onbekende rechtsfiguren in ons recht waren. Duidelijk is evenwel, dat buiten de wetgever om geen nieuwe wijzen van eigendomsverkrijging in het leven kunnen worden geroepen. Duidelijk is evenwel ook, dat het de wetgever is die invulling kan geven aan deze begrippen en er dus weinig plaats is voor strenge dogmatiek. Juridische begrippen zijn nu eenmaal veranderlijk, in tijd en plaats gedefinieerd. Zo is het begrip rechtsopvolging onder algemene titel in art. 3:80 sinds Meijers de hiervoor aangehaalde toelichting aan het papier toevertrouwde, door de invoering van fusie en (af)splitsing in de vorige eeuw inhoudelijk al twee keer aangepast.
Ook Heusler gaat uit van het uitgangspunt dat "Universalsuccession" alleen mogelijk is als de wet het bepaalt. De eis die aan een dergelijke overgang wordt gesteld is tweeledig: a. er bestaat een innerlijke samenhang tussen de vermogensbestanddelen; en b. het is onmogelijk of bezwaarlijk om de vermogensbestanddelen afzonderlijk over te dragen.[21]
Dit theoretische kader is van groot belang omdat dit het raamwerk is waarbinnen reorganisaties van rechtspersonen en andere organisaties in vermogensrechtelijk opzicht geplaatst kunnen worden. Binnen dat model opereren wij.

4. Knelpunten; methoden van realloceren van vermogensbestanddelen

In de (notariële) praktijk komt overdracht van vermogen in de zin van een geheel van goederen en schulden, in combinatie met overneming van rechtsverhoudingen vaak voor. Men denke aan de inbreng in besloten vennootschappen, de overdracht van ondernemingen, het uit- en toetreden van vennoten in een personenvennootschap etc. Naast activa en passiva in de zin van goederen en schulden, zal het veelal de bedoeling zijn dat ook rechtsverhoudingen zoals overeenkomsten mee overgaan. Men denke aan leveranciers- en licentieovereenkomsten, huurovereenkomsten, rekening-courantverhoudingen met banken, kredietovereenkomsten, franchiseover-

[20] Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 307.
[21] A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Band II, Leipzig 1886, p. 534.

eenkomsten etc., kortom: rechtsverhoudingen die bestemd zijn om gedurende een bepaalde periode of voor onbepaalde tijd de basis te zijn voor het ontstaan van vorderingsrechten en schulden of verbintenissen in het kader van bepaalde activiteiten.
In het vermogensrecht bestaan in de kern twee methoden[22] om vermogen door een rechtshandeling van het ene rechtssubject naar het andere rechtssubject te laten overgaan, te weten:

- rechtsopvolging onder algemene titel door fusie of (af)splitsing (art. 3:80 lid 2);
- de zogenaamde activa-passiva transactie, veelal bestaande uit een combinatie van overdracht, schuld- of contractsoverneming.

De eerste methode staat alleen rechtspersonen ten dienste en dan nog alleen onder bepaalde voorwaarden, de tweede methode staat elk rechtssubject ter beschikking. De tweede methode laat het rechtssubject als zodanig ongemoeid: alleen vermogensbestanddelen in de zin van goederen, schulden en rechtsverhoudingen gaan van het ene rechtssubject naar het andere over. Bij de eerste methode wordt ook wijziging gebracht in de structuur van de betrokken rechtspersonen.
In het hierna volgende zal ik eerst proberen aan te geven op welke punten de huidige regeling van rechtsopvolging onder algemene titel bij fusie en (af)splitsing wellicht onnodige beperkingen kent, nog onvolledig is en onduidelijkheden bevat.

5. Rechtsopvolging onder algemene titel krachtens fusie en (af)splitsing

5.1 Inleiding

Rechtsopvolging onder algemene titel is een wijze waarop vermogen in de zin van goederen, schulden en rechtsverhoudingen (zoals overeenkomsten) wordt verkregen. Art: 3:80 lid 2 geeft limitatief aan welke vier gevallen van rechtsopvolging onder algemene titel ons vermogensrecht kent:

- erfopvolging;
- boedelmenging;
- fusie;
- (af)splitsing.

---

22 Vgl. ook: Chr. Aha, *Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge bei der Ausgliederung?*, Die Aktiengesellschaft, 1997, nr. 8, p. 345 e.v.; L. Fuhrmann en S. Simon, Praktische Probleme der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung, Die Aktiengesellschaft 2000, nr. 2, p. 49 e.v.

Weliswaar wordt ook erfopvolging en boedelmenging wel gebruikt als methode van reorganisatie van ondernemingen[23], maar in beide gevallen gaat het primair om iets geheel anders: de afwikkeling van iemands vermogen bij overlijden en het creëren van een in beginsel alle goederen en schulden absorberende gemeenschap tussen echtgenoten, waarmee onder meer wordt beoogd beide echtelieden gelijkelijk te laten meedelen in elkaars vermogen om aldus de onderlinge lotsverbondenheid in vermogensrechtelijk opzicht gestalte te geven. Voornamelijk fusie en (af)splitsing zijn van belang als middel om reorganisatie van ondernemingen "onder algemene titel" gestalte te geven.
Opmerking verdient nog, dat rechtsopvolging onder algemene titel velerlei andere verschijningsvormen in ons recht kent. De gedachte achter rechtsopvolging onder algemene titel loopt dwars door het publiek- en privaatrecht heen. Het beperkt zich niet tot de in de wet genoemde vier wijzen van privaatrechtelijke opvolging onder algemene titel (genoemd in art. 3:80 lid 2). Rechtsopvolging onder algemene titel treft men aan in de sfeer van het volkenrecht (opvolging van staten en internationale organisaties)[24], in het staats- en bestuursrecht (opvolging van lagere overheden zoals bij gemeentelijke en provinciale herindeling)[25] en bij verzelfstandiging van rijksdiensten.[26] Het is dus geen exclusief aan het privaatrecht voorbehouden rechtsfiguur.

---

23 Bijvoorbeeld de onder het huidige erfrecht nog mogelijke verticale ouderlijke boedelverdeling, art. 4:1167, of het legaat van een onderneming. Voor wat betreft boedelmenging zij gewezen op de mogelijkheid om door boedelmenging vermogen, dus ook ondernemingsvermogen, van de ene echtgenoot naar de andere over te hevelen waarmee fiscale en civiele problemen die bij overdracht spelen (o.a. schenking), kunnen worden vermeden. Vgl. de in noot 57 hierna vermelde arresten, alsmede HR 28 januari 1959, BNB 1959, 122, NJ 1959, 171 en HR 17 maart 1971, BNB 1971, nrs. 94 en 95, NJ 1971, 136.

24 O.M. Ribbelink, *Opvolging van Internationale Organisaties*, 's-Gravenhage 1988.

25 J. Korf en L.G. van Reijen, *De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen*, preadvies voor de Vereniging voor administratief recht 1958, Haarlem 1958. Zie ook: HR 7 november 1935, NJ 1936, 424, waarin de vraag aan de orde kwam of een opvolgende gemeente na gebiedsovergang ingevolge gemeentelijke herindeling gebonden was aan een bouwvergunning die door de opgevolgde, verdwijnende gemeente was verstrekt; alsmede HR 10 februari 1984, NJ 1985, 102, waarin de vraag aan de orde kwam of het opvolgende waterschap waarop alle rechten en verplichtingen van een opgeheven waterschap onder algemene titel waren overgegaan, cassatieberoep kon instellen in een procedure waarin het opgeheven waterschap in vorige instanties partij was. In beide uitspraken werden deze vragen door de Hoge Raad bevestigend beantwoord.

26 Vgl. de verzelfstandiging van het Kadaster bij wet van 14 februari 1994, Stb. 1994, 125; artikel 51 lid 1 van deze wet bepaalt dat de Minister van VROM in overeenstemming met de Minister van Financiën bepaalt welke vermogensbestanddelen van de Staat worden "toebedeeld" aan de verzelfstandigde Dienst voor het kadaster en de openbare registers. Lid 2 bepaalt vervolgens, dat die vermogensbestanddelen met

Over het algemeen kunnen twee benaderingswijzen in de literatuur worden onderscheiden. De ene benaderingswijze legt de nadruk op het rechtspersonenrechtelijke karakter van de rechtshandelingen fusie en (af)splitsing, terwijl de andere meer de nadruk legt op het vermogensrechtelijke karakter.[27] Meestal worden fusie en (af)splitsing echter beschouwd als rechtshandelingen van geheel eigen aard, als rechtshandeling "sui generis".[28] Daarbij wordt steeds de overgang onder algemene titel als essentieel onderdeel aangemerkt.

Toen ik met mijn promotieonderzoek over rechtsopvolging onder algemene titel bezig was, vond ik het merkwaardig dat schrijvers in hun beschouwingen over fusie doorgaans meer aandacht schonken aan de organisatorische aspecten en de procedure van fusie dan aan haar vermogensrechtelijke aspecten. De rechtsopvolging onder algemene titel die met fusie en (af)splitsing onlosmakelijk verbonden is, is niet zomaar een willekeurig rechtsgevolg, maar het rechtsgevolg waar partijen het om te doen is. De meerwaarde van fusie en (af)splitsing als rechtsfiguur met behulp waarvan activiteiten kunnen worden gebundeld of ontrafeld, zit met name in de overgang onder algemene titel.[29] De eenvoud die in de overgang ineens, zonder nadere leverings- of overnemingshandelingen zit, is het onderscheidende kenmerk van fusie en (af)splitsing ten opzichte van andere vormen van reallocatie van vermogensbestanddelen. Opvallend is ook dat niet alleen in de rechtspersonenrechtelijke, maar ook in de vermogensrechtelijke literatuur betrekkelijk weinig geschreven wordt over het onderwerp rechtsopvolging onder algemene titel.[30]

Ik meen dat fusie en (af)splitsing een hybride, tweeslachtig karakter hebben. Het zijn rechtshandelingen met zowel een rechtspersonenrechte-

---

ingang van de datum van inwerkingtreding van de wet onder algemene titel overgaan op de geprivatiseerde Dienst. De overgang van registergoederen wordt onverwijld ingeschreven in de openbare registers. Vgl. hierover: B. Wessels, *Verzelfstandiging: enkele kanttekeningen uit het vermogensrecht*, Stichting & Vereniging 1994, nr. 3, p. 73-74. Op soortgelijke wijze gaat vermogen bij andere verzelfstandigingen over.

27 Zie voor een uitgebreide behandeling van verschillende Duitse opvattingen R. Meier, *Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages*, Zürich 1985.

28 Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, *De rechtspersoon*, Zwolle 1997, nr. 170e; G. van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie*, diss., Deventer 1994, p. 50-51, die echter - m.i. onjuist - van het begrip fusie vermogensrechtelijke aspecten uitsluit door fusie te karakteriseren als een meerzijdige niet-vermogensrechtelijke rechtshandeling van eigen aard ("sui generis"), met als rechtsgevolg de overgang onder algemene titel.

29 Zo ook M.J.G.C. Raaijmakers, *Losbladige editie rechtspersonen*, De juridische fusie, aant. 4.1e slot bij art. 2:309.

30 Zo behandelt de nieuwste druk van Goederenrecht uit de Asser-serie (Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, *Goederenrecht*, Zwolle 2001), het onderwerp als zodanig niet of nauwelijks.

lijk, als een vermogensrechtelijk karakter. We bevinden ons mitsdien op het raakvlak tussen het rechtspersonen- en het vermogensrecht. Fusie en (af)splitsing hebben een zekere scharnierfunctie tussen beide rechtsgebieden.
Heusler[31] heeft in de 19e eeuw reeds het belang en de functie van rechtsopvolging onder algemene titel aangegeven:
"Daraus ergiebt sich nun auch, dass die Universalsuccession durchaus nicht alle Rechtsverhältnisse, in denen ein Mensch steht oder gestanden hat, sein ganzes Vermögen, zu umfassen braucht; das Recht gewährt den einheitlichen Rechtstitel, kraft dessen man succediert, einer beliebigen Summe von Rechtsverhältnissen, nach Maassgabe des Bedürfnisses, das dafür besteht. *Ob das ganze Vermögen oder nur gewisse Bestandtheile desselben übergehen, ist rechtlich gleichgültig; genug, dass das was übergeht, unter einheitlichem Rechtstitel übergeht*. So stellt etwa die eine Rechtsordnung für die Erbfolge die Forderung des Uebergangs aller Rechtsverhältnisse des Erblassers auf, wie das die römische gethan hat; eine andere wird sich begnügen, nur bestimmte Gattungen von Rechtsverhältnissen unter den einheitlichen Rechtstitel zu stellen, kraft dessen sie übergehen, etwa die persönlichen Schuldverpflichtungen weglassen und nur die Activen als Gegenstand der Universalsuccession behandeln." (Cursivering van mij, LV.)
Heusler kiest als maatgevend criterium voor het antwoord op de vraag wat we onder "Universalsuccession" of ook wel "Gesamtrechtsnachfolge" moeten verstaan, voor de eenheid van de rechtsgrond waarop de verkrijging gebaseerd is. Dit is precies waar het bij de overgang van verschillende vermogensbestanddelen "ineens" om gaat. De klassieke middelen overdracht, schuld- en contractsoverneming zijn daarvoor niet in eerste instantie ontworpen, maar moeten er bij gemis aan alternatieven wel voor worden gebruikt. Welke bezwaren daaraan kleven bij reallocatie van vermogen in het kader van reorganisaties van ondernemingen en andere organisaties, zal hierna in nummer 6 worden uiteen gezet.

5.2 *De beperkte toepasbaarheid van rechtsopvolging onder algemene titel*

De limitatief door de wetgever toegestane gevallen waarin rechtsopvolging onder algemene titel anders dan door erfopvolging en boedelmenging mogelijk is, geven ook de beperkingen in de toepasbaarheid van deze rechtsfiguur bij reallocatie van vermogen weer:

---

[31] A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Band II, Leipzig 1886, p. 535-536.

- rechtsopvolging onder algemene titel kan (met uitzondering van erfopvolging) niet plaatsvinden tussen een of meer natuurlijke personen enerzijds en een of meer rechtspersonen anderzijds;[32]
- op een paar uitzonderingen[33] na, die geen bijzondere moeilijkheden opleveren, kunnen alleen gelijksoortige rechtspersonen met elkaar fuseren in een gelijksoortige rechtspersoon en kan een rechtspersoon zich alleen in gelijksoortige rechtspersonen (af)splitsen.[34] Besloten vennootschappen en naamloze vennootschappen worden als gelijksoortige rechtspersonen beschouwd;[35]
- niet alle rechtspersonen kunnen fuseren dan wel zich (af)splitsen: alleen de privaatrechtelijke rechtspersonen[36] als bedoeld in art. 2:308 lid 1, niet de vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid, de vereniging van appartementseigenaars en het EESV. Buiten de regeling vallen ook de publiekrechtelijke rechtspersonen (zie art. 2:1 lid 3)[37], terwijl het maar de vraag is of kerkgenootschappen als bedoeld in art. 2:2 kunnen fuseren en zich kunnen (af)splitsen;[38]

---

32 Overgang van vermogen onder algemene titel van rechtspersonen op natuurlijke personen is in het geheel niet mogelijk, terwijl omgekeerd overgang onder algemene titel van natuurlijke personen op een of meer rechtspersonen alleen kan worden bewerkstelligd ter gelegenheid van het overlijden van natuurlijke personen (door het benoemen van een of meer rechtspersonen tot erfgenaam; indien geen erfgenamen opkomen volgt de Staat op grond van art. 4:189 onder algemene titel op in de goederen der nalatenschap).

33 Zie art. 2:310 lid 4 voor fusie en art. 2:334b lid 4 voor (af)splitsing.

34 Zie artt. 2:310 en 334b alsmede F.K. Buijn, *Civielrechtelijke aspecten*, Splitsing van rechtspersonen, preadvies Vereeniging "Handelsrecht" 1996, p. 10.

35 MvT, Kamerstukken II 1983/84,18 285, nr. 3, p. 2, zie ook p. 5.

36 Dat de regeling niet aan publiekrechtelijke rechtspersonen ten dienste staat volgt uit de opmerkingen van de minister in de Eerste Kamer, Kamerstukken I 1997/98, nr. 52b, p. 1 en 2 en nr. 52c, p. 2-3.

37 Dat neemt overigens niet weg, dat in de sfeer van de publiekrechtelijke organisaties met eigen rechtspersoonlijkheid, van de figuur van de rechtsopvolging onder algemene titel frequent gebruik gemaakt wordt. Vgl. ook noot 26 hiervoor.

38 Vgl. A.W. Voors, *Een kwestie met kerkrechtelijke- en burgerrechtelijke facetten*, WPNR 3620 (1939); S.M.S. de Ranitz, *Identiteit i.v.m. fusie van rechtspersonen: overgang of overdracht?*, WPNR 5028 (1969); G.J. Scholten, *Fusies op kerkelijk terrein*, WPNR 5089 (1970); P.L. Dijk en J.C. Verkade, *Problemen bij fusies van kerkgenootschappen*, Maandblad voor het Notariaat 1972, p. 307-308; P.L. Dijk, *Boekbespreking*, F.T. Oldenhuis, *Rechtsvinding van de burgerlijke rechter in kerkelijke conflicten*, Groningen 1977, RM Themis 1979, p. 295; G.J. Scholten, *Kerkscheuring en kerksplitsing*, Enschedé-bundel Ad personam, Zwolle 1981, p. 305; F.T. Oldenhuis, *Kerkgenootschappen en privaatrecht*, WPNR 5869-5870 (1988); V.A.M. van der Burg, *Splitsing, vereniging en fusie van r.-k. parochies en het Nederlands privaatrecht*, Stichting & Vereniging 1990, p. 50; P.M.M. Stassen, *Fusie van parochies*, WPNR 6117 (1993); J.W. van Ee, *Kerkgenootschappen en fusie*, WPNR 6137 (1994); E.A.A. Luijten, *Fusie van parochies*, WPNR 6161 (1994) en J.W. van Ee, *Reactie*, WPNR 6175 (1995), met een naschrift van Luijten in datzelfde nummer.

- vooralsnog moet worden aangenomen dat alleen Nederlandse rechtspersonen bij fusie of (af)splitsing betrokken kunnen zijn. Zelfs afsplitsing in een bestaande, buitenlandse rechtspersoon is niet mogelijk;[39]
- rechtverkrijging onder algemene titel bij fusie en (af)splitsing dient gepaard te gaan met veranderingen in de sfeer van de betrokken rechtssubjecten: er verdwijnen bij fusie en zuivere splitsing per definitie rechtspersonen en afsplitsing zal altijd gepaard moeten gaan met een structuurwijziging van de betrokken rechtspersonen.[40] Fusie en (af)splitsing zijn dientengevolge, zoals hiervoor reeds vermeld, per definitie hybride, tweeslachtige rechtsfiguren.

Uit de opzet van Meijers[41] en de wet vloeit onmiskenbaar voort, dat rechtsopvolging onder algemene titel een rechtsfiguur is die de wetgever alleen maar in specifieke gevallen toelaatbaar acht.[42] Bovendien stelt de wetgever als voorwaarde bij fusie en (af)splitsing, dat een zware procedure moet worden doorlopen met onder meer publicatieplicht en zware interne besluitvorming onder notarieel toezicht.

5.3 *Een stukje wetshistorie*

De beperkte toepasbaarheid van deze rechtsfiguur laat zich niet alleen verklaren tegen de achtergrond van de toelichting van Meijers bij art. 3:80. Fusie en (af)splitsing zijn in ons land gepresenteerd als kant en klare rechtsfiguren. Anders dan in andere landen, zoals bijvoorbeeld in

---

39 Vgl. Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 4 en het verslag van de vergadering Vereeniging Handelsrecht over juridische fusie, van de hand van L. Timmerman in TVVS 1996, nr. 11, p. 312. Anders: G. van Solinge 1994.

40 Zie art. 2:334a. Deze bepaling bevat een definitie van splitsing (Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 5), met name lid 3 van deze bepaling, waarin de eis gesteld wordt dat bij afsplitsing ofwel lidmaatschapsrechten of aandelen worden toegekend, dan wel dat ten minste één verkrijgende rechtspersoon ter gelegenheid van de splitsing wordt opgericht. Zie MvT, Kamerstukken II, 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 5, alsmede Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, nr. 6, p. 4. Vgl. ook het verslag van de vergadering van de Vereeniging Handelsrecht over juridische fusie, van de hand van L. Timmerman in TVVS 1996, nr. 11, p. 311.

41 Vgl. Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 307.

42 Vgl. ook E. Vermeulen, Het begrip "onderneming" in Boek 3 BW, AA 48 (1999) 4, p. 209 e.v.

Duitsland[43] het geval is, hebben deze rechtsfiguren in ons land geen eigen ontwikkeling meegemaakt.[44]
In artt. 3 lid 1 en 4 lid 1 van de Derde Richtlijn wordt onder fusie de rechtshandeling verstaan waarbij het vermogen van een of meer vennootschappen, zowel rechten als verplichtingen, *als gevolg van haar ontbinding zonder vereffening* in zijn geheel op een andere vennootschap *overgaat* tegen uitreiking van aandelen in de overnemende vennootschap aan de aandeelhouders van de overgenomen vennootschap(pen), eventueel met een bijbetaling in geld van niet meer dan 10% van de nominale of fractiewaarde van de uitgereikte aandelen. Daarbij kan de verkrijgende vennootschap reeds bestaan (art. 3) of ter gelegenheid van de fusie worden opgericht (art. 4). In art. 2 van de Zesde Richtlijn wordt onder splitsing door overneming verstaan de rechtshandeling waarbij het vermogen van een vennootschap, zowel rechten als verplichtingen, *als gevolg van haar ontbinding zonder vereffening*, in zijn geheel op verscheidene vennootschappen overgaat tegen uitreiking aan de aandeelhouders van de gesplitste vennootschap, van aandelen van de vennootschappen die delen in het gesplitste vermogen, eventueel met een bijbetaling in geld welke niet meer mag bedragen dan 10% van de nominale of fractiewaarde van de uitgereikte aandelen.
Beide omschrijvingen verraden vanuit welk leerstuk fusie en (af)splitsing zich hebben ontwikkeld: de ontbinding van rechtspersonen. Er bestond de behoefte om een rechtspersoon te laten eindigen (discontinuïteit) zonder tot het vereffenen van het vermogen te hoeven overgaan (continuïteit). De Europese wetgeving draagt de sporen van de bij de invoering bestaande Franse en Duitse fusiewetgeving.

De huidige Nederlandse regeling van fusie en (af)splitsing heeft duidelijk een veel breder bereik dan de Europese regelgeving strikt genomen voorschrijft; die ziet immers alleen maar op naamloze vennootschappen. De Nederlandse wettelijke regeling van fusie zoals die in 1984 is ingevoerd, zag in eerste instantie alleen op fusie van naamloze en besloten vennootschappen.[45] De reden om fusie aanvankelijk te beperken tot naamloze en besloten vennootschappen was vooral gelegen in de betrekkelijk korte termijn waarop de regeling moest worden ingevoerd. Men vond dat de problemen van fusie van andersoortige rechtspersonen

43 Zie Verstappen 1996, par. 5.3.
44 Wel heeft in het oorspronkelijke ontwerp van Boek 2 BW een summiere bepaling gestaan, art. 2.1.12, maar deze is nadien geschrapt uit het ontwerp vanwege de ophanden zijnde Derde Richtlijn.
45 Er is geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid van fusie met bijbetaling van meer dan 10% van de nominale waarde van de uitgereikte aandelen en fusie waarbij niet alle overdragende vennootschappen ophouden te bestaan.

merendeels van andere aard waren en andere oplossingen behoefden.[46] Wel is tijdens de parlementaire behandeling aangekondigd een wetsvoorstel voor fusie van verenigingen en stichtingen te zullen opstellen.[47] In 1987 is de daad bij het woord gevoegd en het bereik van die regeling verbreed tot verenigingen en stichtingen.
De Commissie vennootschapsrecht en de Nationale Woningraad hebben er destijds voor gepleit de fusie tussen een vereniging en een stichting te vergemakkelijken. De regering vond evenwel, dat regelingen die fusies met wisseling van rechtsvorm mogelijk maken, te ingewikkeld worden en juridische vragen oproepen die de mogelijkheid in het dagelijkse leven niet erg aantrekkelijk maken. Gewezen werd op de verruimde omzettingsregeling van het huidige art. 2:18 zoals deze bepaling destijds bij de aanpassingswet Boek 2 BW in de maak was.[48] Met name het gegeven dat de vereisten van omzetting naast de vereisten voor fusie zouden gelden, zou een dergelijke regeling erg ingewikkeld maken. Een en ander moet dan maar in twee etappes plaatsvinden.[49]
In 1996 werd uiteindelijk het wetsvoorstel (af)splitsing van rechtspersonen ingediend. De Zesde richtlijn bevat, anders dan de Derde richtlijn, geen verplichting tot aanpassing van de nationale wetgeving. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel fusie werd op aanpassing reeds aangedrongen[50] en de druk liet niet na. Niet iedereen was echter enthousiast.[51] De huidige regeling van (af)splitsing van rechtspersonen voorziet ook in afsplitsing, terwijl de Zesde richtlijn alleen de zuivere splitsing kent, dat wil zeggen de splitsing waarbij het gehele vermogen door een nieuw opgerichte of reeds bestaande rechtspersoon onder algemene titel wordt verkregen (artt. 2 lid 1 en 21 lid 1 Zesde richtlijn).
Ook tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel splitsing heeft de minister zich uitgelaten over splitsing in niet-gelijksoortige rechtspersonen. De regels voor overgang van lidmaatschap en aandeelhouderschap kunnen niet zonder meer werken als de rechtsvorm van de verdwijnende en de verkrijgende rechtspersonen verschilt, aldus de minister. Ook hier geldt weer dat in dergelijke gevallen de (af)splitsing moet worden voorafgegaan door een of meerdere omzettingen.[52]

---

46 MvT, Kamerstukken II 1980-81, 16 453, nr. 3, p. 2 en 4, alsmede de MvA bij dit wetsvoorstel, Kamerstukken II 1981, 16 453, nr. 6, p. 2.
47 Nota naar aanleiding van het eindverslag, Kamerstukken II 1981, 16 453, nr. 11 p. 1.
48 MvT, Kamerstukken II 1983/84,18 285, nr. 3, p. 2, zie ook p. 5.
49 MvT, Kamerstukken II 1983/84,18 285, nr. 3, p. 5.
50 Zie de voetnoten 1 t/m 5 in MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 2.
51 Vgl. de kritische houding van Y. Scholten, *Juridische splitsing van vennootschappen*, Van der Grinten-bundel Goed en Trouw, Zwolle 1984, p. 217.
52 MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 5-6.

In de Eerste Kamer werd vervolgens naar aanleiding van vragen ingegaan op de opmerkingen van Raaijmakers in het WPNR[53] om de eis van structuurwijziging te laten vervallen en de regeling, althans wat de overgang onder algemene titel betreft, van Boek 2 BW over te hevelen naar Boek 3 BW. Door de minister werd aangegeven dat een en ander afhangt van het antwoord op de vraag of aan deze vorm van eigendomsoverdracht daadwerkelijk behoefte bestaat zodra de splitsing in ons recht geïntroduceerd is. Ook zou het afhangen van de nieuwe regeling van personenvennootschappen die thans in de maak is. De minister heeft uitdrukkelijk aangegeven dat na invoering van de splitsingsregeling en de ervaringen die daarmee opgedaan zijn, nader bekeken zal worden of andere verruimingen wenselijk zijn.[54]

Vanuit de Europese wetgeving en de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel fusie en (af)splitsing laat zich het beperkte bereik van de regeling dus goed verklaren: zij is al ruimer dan strikt genomen noodzakelijk was. Het is echter meer de vraag waarom het bereik van de regeling niet nog breder is.
Ik ben het overigens met de wetgever eens dat het op zichzelf zuiverder is en daarom de voorkeur verdient dat fusie en (af)splitsing alleen mogelijk is tussen gelijksoortige rechtspersonen, tenzij bij bepaalde fusies en (af)splitsingen van respectievelijk in andersoortige rechtspersonen weinig problemen te verwachten zijn.
Toch kleven aan die benaderingswijze praktische en inhoudelijke bezwaren. Stel, een stichting of een vereniging wil fuseren in een besloten vennootschap. Voor de stichting of de vereniging betekent dit dat zij zich tussentijds zou moeten omzetten in een besloten vennootschap, waarna onmiddellijk de fusie moet plaatsvinden. Zowel de omzettingsprocedure als de fusieprocedure moeten worden doorlopen; twee procedures waarvoor de wet verschillende voorschriften en besluitvormingseisen kent. Dat zou erin kunnen resulteren, dat het besluit tot omzetting van de stichting of de vereniging in een besloten vennootschap wordt genomen, maar het besluit tot fusie niet of omgekeerd. Met andere woorden: beide besluiten hangen zo nauw met elkaar samen dat het wellicht beter is ze in één besluitvormingsprocedure aan de orde te stellen. De problemen die bij fusie en (af)splitsing van niet-gelijksoortige rechtspersonen kunnen ontstaan bevinden zich niet zozeer in de sfeer van de overgang onder algemene titel, als wel in de sfeer van de samenvloeiing en ontrafeling van organisaties. Wellicht is het zinvol beide procedures beter op elkaar af te stemmen.

---

53 WPNR 6280 (1997), p. 521.
54 MvA, Kamerstukken I 1997/98, 24 702, nr. 52c, p. 2.

5.4 *De eis van structuurwijziging bij afsplitsing*

Rechtsopvolging onder algemene titel dient bij rechtspersonen altijd gepaard te gaan met structuurwijziging. Van structuurwijziging is reeds sprake indien één of meer rechtspersonen in verband met de fusie of de (af)splitsing ophouden te bestaan. Ik vraag mij af waarom de overgang onder algemene titel bij afsplitsing gepaard dient te gaan met wijziging van de structuur van de betrokken rechtspersonen.

Buijn vindt een dergelijke eis wenselijk, omdat de wet aan de clusters van vermogensbestanddelen die onder algemene titel overgaan geen eisen stelt.[55] Aldus kan een willekeurig samengesteld pakket van vermogensbestanddelen onder algemene titel overgaan. De vergelijkbaarheid met overgang onder bijzondere titel wordt dan wel heel erg groot. Ik lees uit Buijns woorden, dat we moeten oppassen dat de door de wetgever gestelde eisen aan overdracht en overneming van schulden en overeenkomsten omzeild zouden kunnen worden door de transactie in de vorm van afsplitsing door te voeren.

Ik vraag mij af of het argument van de wetgever om rechtsopvolging onder algemene titel voor te behouden aan afsplitsing waarbij structuurwijziging optreedt, wel steekhoudend is.[56] Is het daadwerkelijk onwenselijk dat de vereisten van overdracht, schuld- en contractsoverneming kunnen worden ontgaan door te kiezen voor afsplitsing? Ik meen dat het bezwaar niet zozeer kan zitten in het omzeilen van de eisen die gelden voor overdracht, schuld- en contractsoverneming. Die eisen zijn geen doel op zich. Bij elke fusie of afsplitsing worden die eisen eigenlijk al omzeild. Mijns inziens zullen eventuele bezwaren in deze sfeer als sneeuw voor de zon wegsmelten als de belangen van schuldeisers en contractspartijen op een ander manier voldoende gewaarborgd worden. De huidige wettelijke regeling van afsplitsing bevat dergelijke waarborgen.

Buijn merkt in dit kader nog op dat bij afsplitsing weliswaar waarborgen in de wet zijn neergelegd voor derden zoals schuldeisers en wederpartijen, maar dat die waarborgen uitgaan van het initiatief van de derde (de schuldeiser en wederpartij), terwijl geen bescherming bestaat tegen het wegvallen van toekomstige winstpotentie. Buijn ziet hierin voldoende aanleiding om die gevallen waarin met name afsplitsing mogelijk is, scherp te begrenzen.

---

[55] F.K. Buijn, *Splitsing van rechtspersonen*, Civielrechtelijke aspecten, preadvies Vereeniging "Handelsrecht" 1996, p. 18.

[56] Met mij vragen zich kennelijk meer juristen af waarom die eis gesteld wordt, vgl. verslag van de vergadering Vereeniging "Handelsrecht" over juridische fusie, van de hand van L. Timmerman in TVVS 1996, nr. 11, p. 311.

Zijn vrees is op dit punt inderdaad niet geheel ongerechtvaardigd. Indien een besloten vennootschap af wil van een lastige leverancier met een langdurig contract, zou de vennootschap de overeenkomst zonder medewerking van de leverancier kunnen afsplitsen in een (vrijwel) lege besloten vennootschap en aldus de overeenkomst laten doodbloeden. De leverancier die niet van die handeling op de hoogte is en verzuimd heeft verzet aan te tekenen, heeft alleen nog maar de hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van art. 2:334t voor de ten tijde van de splitsing uit de overeenkomst voortgesproten verbintenissen, niet voor de daarna daaruit voortspruitende verbintenissen. Dat plaatst hem in een nadelige positie. Hoewel er meer methoden zijn om lastige contractspartijen kwijt te raken, wordt het zo wel heel erg gemakkelijk gemaakt. Ik vraag mij af of het bezwaar dat Buijn terecht signaleert niet door de wetgever zou kunnen worden weggenomen. Men denke aan de bevoegdheid die aan de contractspartij kan worden toegekend om gedurende een bepaalde periode van bijvoorbeeld één jaar, de overeenkomst op te zeggen of te laten (terug) overgaan op de oorspronkelijke contractspartij. Vgl. in dit verband ook art. 6:158.

In het huwelijksvermogensrecht heeft zich deze problematiek ook voorgedaan. In het huwelijksvermogensrecht kennen we (nog) het fenomeen van de gemeenschap van goederen. Door boedelmenging, vloeien alle huidige en toekomstige goederen van de echtgenoten in de huwelijksgemeenschap samen. Indien tussen echtgenoten huwelijkse voorwaarden zijn gemaakt inhoudende uitgesloten gemeenschap, kan een goed tussen hen slechts gemeenschappelijk worden als aan beide echtgenoten gezamenlijk (ieder voor de onverdeelde helft) geleverd wordt, of als de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot de onverdeelde helft van het goed overdraagt. Nu is voornamelijk om fiscale motieven de vraag gerezen of het mogelijk is om een huwelijksgemeenschap van één bepaalde onroerende zaak in het leven te roepen. Indien dat mogelijk is, dan hoeft ter zake van het gemeenschappelijk worden van die onroerende zaak en de latere toedeling aan één van de echtgenoten, geen overdrachtsbelasting te worden betaald, terwijl zowel naar civiel als naar fiscaal recht geen sprake is van een schenking. De fiscus vond dit natuurlijk geen fraaie gang van zaken. Niettemin ving de fiscus tot twee keer toe bot bij de Hoge Raad.[57]

[57] De twee arresten werden op 14 april 1993 gewezen en zijn gepubliceerd in Vakstudienieuws 1993, nrs. 21 en 22, p. 1976 e.v., BNB 1993, 201. In de eerste zaak ging het om in het zicht van echtscheiding invoeren van algehele gemeenschap van goederen, in de tweede ging het om de invoering van een huwelijksgemeenschap van één, met zoveel woorden omschreven, onroerende zaak. Het bijzondere aan deze gevallen was dat de wijziging van het huwelijksgoederenregime plaats vond nadat de

De literatuur is over dit probleem verdeeld.[58] De meerderheid der auteurs ziet in deze constructie evenwel geen kwaad. Hij wordt dan ook herhaaldelijk in de praktijk uitgevoerd, waarmee voor en door cliënten vele duizenden guldens aan overdrachtsbelasting worden bespaard. Civielrechtelijk beschouwd heeft de wetgever de figuur van de gemeenschap van goederen niet in het leven geroepen om de verkrijging van bepaalde, met zoveel woorden omschreven goederen mogelijk te maken. Daarvoor is overdracht de meest aangewezen rechtsfiguur. Stuit het civielrechtelijk dan op problemen als de verkrijging via het laten ontstaan van een gemeenschap van goederen bestaande uit één met zoveel woorden aangeduid goed plaatsvindt? Ik meen dat dit toch niet het geval is.[59] De figuur van de gemeenschap van goederen is in de wet zodanig uitgewerkt, dat het ontstaan en bestaan daarvan geen nadeel zal toebrengen aan belanghebbenden, zoals schuldeisers.

Dit voorbeeld uit het huwelijksvermogensrecht toont aan dat Buijn weliswaar een punt heeft, maar dat we toch even verder moeten redeneren: zijn er geen mogelijkheden om het gerezen bezwaar te ondervangen? Indien deze vraag bevestigend beantwoord kan worden, zal er in het algemeen toch geen bezwaar bestaan dat justitiabelen om een bepaald doel te bereiken de keuze hebben tussen twee rechtsfiguren (overdracht of overgang onder algemene titel)?
Vooralsnog kan de eis van structuurwijziging gehandhaafd blijven in het licht van de overige rechtsgevolgen van afsplitsing naar huidig recht. Dit neemt evenwel niet weg dat deze regeling niet aan een algemene wettelijke regeling van overdracht onder algemene titel in de weg hoeft te staan. Hoe een dergelijke regeling kan worden vormgegeven en waarin een dergelijke regeling zich op dit punt kan onderscheiden van rechtsopvolging onder algemene titel krachtens fusie en (af)splitsing, wordt in nummer 8 hierna behandeld.

---

echtscheiding reeds was uitgesproken, maar vóór de inschrijving daarvan in de registers van de Burgerlijke Stand.

58 Zie Verstappen 1996, par. 7.7; T.R Hidma, die sterk de nadruk legt op het statuut karakter van huwelijkse voorwaarden; *Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict*, preadviezen Koninklijke Notariële Broederschap 1994, door T.R Hidma en J. van Duijvendijk-Brand, met een inleiding van Van Mourik, Lelystad 1994, p. 56; C.A. Kraan, *De gemeenschap van één onroerende zaak*, WPNR 6167 en 6168 (1995), met een reactie van T.R. Hidma in WPNR 6179 (1995) en een naschrift van Kraan in datzelfde nummer.

59 Toen ik mijn proefschrift schreef, dacht ik daar vanuit het perspectief van de omschrijving van rechtsopvolging onder algemene titel zoals die toen door mij is opgesteld en tegen de achtergrond van de toen geldende wetgeving, anders over. Vgl. Verstappen 1996, par. 7.7.

5.5 *De omvang van rechtsopvolging onder algemene titel bij fusie en (af)splitsing*

5.5.1 Inleiding; het begrip vermogen

Fusie en (af)splitsing als wijzen van rechtsopvolging onder algemene titel hebben het voordeel dat de leverings-, schuld- en contractsovernemingsvoorschriften niet hoeven te worden nageleefd. De verkrijging onder algemene titel van vermogen vindt van rechtswege plaats. Onder vermogen dienen mijns inziens goederen, schulden en vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen te worden verstaan.[60] Dat staat nergens met zoveel woorden in de wet, maar het lijkt mij een werkbaar uitgangspunt.
Onder het begrip *vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen* worden met name overeenkomsten begrepen. Mijn uitgangspunt is dat van vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen gesproken kan worden, indien rechtsverhoudingen bestemd zijn om vermogensrechten in de zin van art. 3:6 in het leven te roepen. Een arbeidsovereenkomst is dus een vermogensrechtelijke rechtsverhouding, omdat zij voor de arbeider vorderingsrechten op de werkgever in de vorm van loon doet ontstaan. Een zelfstandig en eenmalig verleende volmacht is dat niet voor de gevolmachtigde evenmin als voor de volmachtgever omdat met een volmacht alleen een bevoegdheid voor de gevolmachtigde in het leven wordt geroepen om namens een ander rechtshandelingen te verrichten.

5.5.2 Wat valt onder het begrip vermogen?

Over wat onder het begrip vermogen als bedoeld in art. 2:309 en 334a valt, verschaft de wetsgeschiedenis weinig helderheid.[61] Het volgende kan worden gedestilleerd uit de parlementaire behandeling van de wetgeving inzake fusie en (af)splitsing.
De rechtsopvolging onder algemene titel betreft niet alleen het vermogen in de zin van goederen en schulden of verbintenissen, maar ook (vermogensrechtelijke) rechtsverhoudingen. Niet-vermogensrechtelijke

---

60 Zie MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 5, waarin onder vermogen in het kader van de wetgeving van splitsing van rechtspersonen wordt begrepen het samenstel van activa en passiva, waaronder schulden vallen maar ook rechtsverhoudingen, zoals bijvoorbeeld het samenstel van rechten en plichten dat uit een (langlopende) overeenkomst voortvloeit.

61 Vgl. ook H.L.E. Verhagen en J.F. de Heer, *Juridische fusie en internationaal privaatrecht, Overnemen, een hele onderneming*, Deventer 1998, p. 306-307.

rechtsverhoudingen gaan niet onder algemene titel over.[62] Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel fusie van NV en BV valt af te leiden dat naast de bestaande rechten en verplichtingen uit rechtsverhoudingen, alle vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen als *bron van verbintenissen* ook overgaan, zoals bijvoorbeeld de rechten en verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten en uit cao's.[63]
Met de overgang van een vermogensrechtelijke rechtsverhouding gaan dus ook alle onzelfstandige nevenrechten en bevoegdheden, zoals afhankelijke rechten en wilsrechten, voortspruitend uit de bron, mee over.[64] De overgang onder algemene titel omvat, althans bij fusie, bijvoorbeeld ook de positie van procespartij. Indien een procespartij-rechtspersoon hangende de instantie door fusie ophoudt te bestaan, zet de verkrijgende rechtspersoon als rechtsopvolger de instantie als procespartij op eigen naam voort, zonder dat vereist is dat de oorspronkelijke procespartij als zodanig nog aan de rechtsstrijd deelneemt.[65]

De hoofdregel dat het gehele vermogen onder algemene titel overgaat, dient enigszins te worden genuanceerd. Op deze hoofdregel bestaan namelijk positieve en negatieve uitzonderingen. Indien een rechtsverhouding van niet-vermogensrechtelijke aard toch overgaat, is sprake van een positieve uitzondering, indien een rechtsverhouding van vermogensrechtelijke aard toch niet (ongewijzigd) onder algemene titel overgaat, is sprake van een negatieve uitzondering. Het beste kan dit

---

62 Aldus ook de minister in de Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 15.

63 MvT, Kamerstukken II 1983/84,18 285, nr. 3, p. 3: "Aangezien aan een fusie onverbrekelijk het rechtsgevolg is verbonden dat de rechten en verplichtingen van de fuserende rechtspersonen na de fusie rusten op de rechtspersoon waarin zij zijn gefuseerd, is de overgang van rechten en verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten en uit c.a.o.'s gewaarborgd. Daarom zijn bij een fusie, anders dan bij overdracht van ondernemingen, bijzondere bepalingen om deze overgang te waarborgen, niet nodig."

64 Zie art. 6:142 e.v. en F. von Cosel, *Die Fusion von Aktiengesellschaften*, Würzburg 1921, p. 134. Vgl. ook: H. Saacke, *Die Gesamtnachfolge bei der eigentlichen Fusion von Aktiengesellschaften*, Leipzig 1932, p. 48: "Wie oben schon ausgeführt, so erschöpfen sich auch bei einem Vertrage die Rechte bezw. Pflichten der Parteien nicht nur in einem Anspruch oder in einer Leistung, sondern die Parteistellung umfaßt einen Komplex von vollständigen oder unvollständigen, entstandenen oder künftigen Berechtigungen und Verpflichtungen, nicht nur das "Bekommensollen" oder "Leistenmüssen", sondern auch alle "Zubehörungen" insbesonders Gestaltungsrechte z.B. zum Rücktritt, zur Wandlung, Minderung oder Aufrechnung etc."

65 HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 63; Vgl. ook de overgang onder algemene titel van een opgeheven waterschap op een ander waterschap en de vraag of het laatste waterschap bevoegd was om in cassatie op te komen tegen een arrest van het Hof gewezen tegen het opgeheven waterschap, HR 10 februari 1984, NJ 1985, 102; Vgl. ook Hof Amsterdam 13 juni 1991, NJ 1991, 669 en Hof 's-Hertogenbosch 14 november 1990, NJ 1991, 517.

worden geïllustreerd aan de hand van een eenvoudig voorbeeld van een duidelijk niet-vermogensrechtelijke rechtsverhouding, waarvan de wetgever heeft bepaald dat die wel onder algemene titel overgaat: de voogdij van een rechtspersoon die door fusie of splitsing ophoudt te bestaan, gaat over op de verkrijgende rechtspersoon, zie art. 1:302 lid 3. Een positieve uitzondering op het beginsel dat alleen vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen ongewijzigd onder algemene titel overgaan, die duidelijk met het oog op de positie van voogdij-instellingen in de wet is opgenomen. Als het een vermogensrechtelijke rechtsverhouding was geweest, dan had het niet expliciet geregeld hoeven te worden.[66]
De vraag wat onder het begrip vermogen dient te worden verstaan, kwam vrij snel na de invoering van de fusieregeling in de jurisprudentie[67] aan de orde. Taxicentrale Veenboer B.V., Taxicentrale Zeeman B.V. en Taxibedrijf Mart Hof B.V. fuseren in juridische zin. Taxibedrijf Mart Hof B.V. is de verkrijgende vennootschap. Zij hebben voor respectievelijk 17, 15 en 13 auto's vervoersvergunningen. De auto's gaan als onderdeel van het vermogen weliswaar onder algemene titel over op Taxibedrijf Mart Hof B.V., maar geldt dit ook voor de daarbij behorende vergunningen? Het dagelijks bestuur van het gewest Kop van Noord-Holland meende van niet nu beide vennootschappen zijn opgehouden te bestaan. Een vergunning behoort niet tot het vermogen. De Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven deelde die opvatting: een dergelijke vergunning behoort niet te worden gerekend tot het vermogen als bedoeld in art. 2:309. Daarvoor is nodig, aldus de voorzitter, dat de vergunning verhandelbaar is en derhalve op geld waardeerbaar.[68] Art. 7 lid 1 sub b van de Wet personenvervoer bepaalt echter dat een aan een rechtspersoon verleende vergunning van rechtswege vervalt, *zodra de rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan*. De taxi's zijn onder algemene titel overgegaan, maar zonder de vergunningen kan het taxibedrijf eenvoudig niet op dezelfde voet worden uitgeoefend.[69] Het is interessant te zien dat ook de Voorzitter het vermogensbegrip van art. 2:309 tot uitgangspunt neemt, terwijl dat

---

66 Vgl. ook Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 15.

67 Vz. CBB 26 september 1990, KG 1990, 367 en KG 1991, 13; AB/NJ 1991, 299; Vgl. ook T. Schubert, *Die Gesamtrechtsnachfolge bei der Fusion von Aktiengesellschaften*, München 1965, p. 22-23; G. van Solinge 1994, p. 72.

68 Ik merk op dat dit uitgangspunt naar huidig BW gelet op art. 3:6 niet helemaal juist is, maar de zaak speelde vóór de invoering van het nieuwe algemene vermogensrecht

69 Bij de fusie tussen de ABN en de AMRO Bank deed zich dit probleem ook voor. De voornaamste reden om de ABN Bank als verkrijgende rechtspersoon te laten fungeren was dat die bank het grootste deel van de buitenlandse bankvergunningen had. Uit onderzoek in diverse landen was gebleken dat bij fusie vele buitenlandse bank- en andere vergunningen van de verdwijnende bank verloren zouden gaan. Vgl. L.H. Slijkhuis, *Juridische fusie ABN-AMRO Bank*, TVVS 1991, nr. 11, p. 290.

eigenlijk niet had gehoeven nu voormelde bepaling uit de Wet personenvervoer toch duidelijke taal spreekt. De Wet personenvervoer kent geen bepalingen, waaruit met het oog op art. 3:83 lid 3 zou kunnen worden afgeleid dat de vergunning overdraagbaar is. Uit het rapport Verhandelbare rechten[70] blijkt ook dat taxivergunningen formeel niet overdraagbaar zijn. Om te bepalen of we te maken hebben met een positieve of negatieve uitzondering, moet eerst worden bepaald of een taxivergunning een goed in de zin van art. 3:6 is. Taxivergunningen vertegenwoordigden mijns inziens, in ieder geval destijds nog, wel degelijk een waarde, ook al zijn ze niet overdraagbaar. Daarmee zijn het vermogensrechten en hebben we hier te maken met een voorbeeld van een negatieve uitzondering op de hoofdregel. Dit praktijkvoorbeeld toont aan dat fuserende rechtspersonen er belang bij hebben dat *zoveel mogelijk, het liefst alle* rechtsverhoudingen bij fusie onder algemene titel overgaan en niet slechts vermogen (in de ruime betekenis van goederen en schulden of verplichtingen en de als vermogensrechtelijke rechtsbetrekking te kenschetsen rechtsverhoudingen). Het voorbeeld toont ook aan dat de wettelijke regeling van fusie (en (af)splitsing) aan die behoefte niet volledig tegemoet komt, althans de nodige onduidelijkheid bevat.

5.5.3 Hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen

Voor de beantwoording van de vraag of (hoogst)persoonlijke rechtsverhoudingen onder het begrip vermogen in de artt. 2:309 en 334a vallen, moeten we ons even verdiepen in de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de regeling van fusie en (af)splitsing in ons recht.
In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel tot regeling van de fusie van verenigingen en van stichtingen[71] lezen we iets over hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen:
"De omschrijving van het begrip fusie is gelijk gebleven. De overgang onder algemene titel, dus als rechtstreeks gevolg van de fusie, zonder verdere leveringsvereisten, omvat het gehele vermogen. Dat houdt in dat alle rechten en verplichtingen overgaan. *Slechts persoonlijke rechten, zoals in de regel het lidmaatschap van een vereniging waarvan een verdwijnende rechtspersoon lid is, gaan niet vanzelf over; daarvoor is toestemming van de betrokken vereniging nodig.*" (Cursivering van mij, LV.)
Een nadere onderbouwing van wat we onder persoonlijke rechten of vermogen moeten verstaan, wordt echter niet gegeven. In de memorie van antwoord[72] van het wetsontwerp lezen we vervolgens:

---

70 Rapport van de MDW werkgroep verhandelbare rechten, Bijlage IV.
71 MvT, Kamerstukken II 1983/84, 18 285, nr. 3, p. 4.
72 MvA, Kamerstukken II 1983/84,18 285, nr. 6, p. 8.

"Onder «vermogen» moet het geheel van de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon worden verstaan. Anders dan bij natuurlijke personen *kent men bij rechtspersonen geen rechten of verplichtingen die zo persoonsgebonden zijn, dat zij niet kunnen overgaan.*" (Cursivering van mij, LV.)
Beide uitspraken staan haaks op elkaar. De ene uitspraak geeft aan dat er zodanig persoonsgebonden rechten of verplichtingen zijn, dat zij niet bij fusie onder algemene titel kunnen overgaan. De andere ontkent het bestaan ervan.[73]
Later, bij de parlementaire behandeling van de splitsingsregeling, heeft de minister aangegeven dat het bij de overgang onder algemene titel om vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen moet gaan: rechtsverhoudingen die geen vermogensrechten zijn gaan niet onder algemene titel over en kunnen dus ook niet in de beschrijving worden opgenomen als zouden zij wel (kunnen) overgaan.[74] Op dit punt dus dwingend recht. Zo zullen benoemingsrechten van fuserende of splitsende rechtspersonen verdwijnen met het verdwijnen van de verdwijnende rechtspersoon.[75]

Al met al geeft de wetgever ons geen helder antwoord op de vraag welke rechten of rechtsbetrekkingen als hoogstpersoonlijk kunnen worden gekwalificeerd. Daarom lijkt het zinvol zelf criteria te formuleren.
Wanneer men de term hoogstpersoonlijk begrijpt in een meer materiële menselijke betekenis, zoals karakter, kennis, vaardigheden en overige eigenschappen van natuurlijke personen, dan zal men bij rechtspersonen moeilijker dan bij natuurlijke personen kunnen spreken over hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen. Rechtspersonen hebben uit hun aard een in dit opzicht "onpersoonlijk" karakter.[76] Indien men vertrouwen heeft in een rechtspersoon, dan heeft men in werkelijkheid vertrouwen in de activiteiten van de personen die deel uitmaken van de organen van die rechtspersoon of in de vermogenspositie van de rechtspersoon.[77]

---

73 Zie ook J. Breit, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, 95e Band, 1931, p. 337: ".. daß grundsätzlich alle Rechte und Pflichten der untergegangenen Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft übergehen und daß eine Ausnahme nur insoweit besteht, als entweder das Gesetz mit ausdrücklichen Worten mit dem Untergang einer juristischen Person auch den Untergang ihrer Rechte verbindet oder die Rechte eben nur durch die Existenz der Gesellschaft Inhalt und Bestandsmöglichkeit haben."

74 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 15.

75 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 15-16.

76 Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, *De rechtspersoon*, Zwolle 1997, nr. 72 noemt de eer van een rechtspersoon.

77 N. Rebel, *Erlöschen Rechtsverhältnisse bei Fusionen?*, München 1934, p. 41: "Was also als Eigenschaft der juristischen Person erscheint, entpuppt sich in Wahrheit als objektive Eigenschaft des Unternehmens, das ist eines wohl oder übel gefügten

Een rechtspersoon als zodanig kan echter uit zijn aard zowel intern als extern veranderen zonder dat de identiteit verloren gaat. Er kunnen nieuwe personen worden benoemd in de organen, terwijl de organisatie van de rechtspersoon zich door statutenwijziging, omzetting, fusie of (af)splitsing, ingrijpend kan wijzigen.[78] De term "hoogstpersoonlijke rechtsverhouding" in deze zin verstaan, heeft bij rechtspersonen dus een geheel andere betekenis dan bij natuurlijke personen.[79]

Gebäudes von Beziehungen vermögensrechtlicher Art, während die persönliche Seite - Gesellschafter und Organe - ganz außer Betracht bleibt."

78 N. Rebel, *Erlöschen Rechtsverhältnisse bei Fusionen?*, München 1934, p. 41: "Der tiefgehende Unterschied, der darnach zwischen physischen und juristischen Personen besteht, läßt sich, auf einige kurze Formeln gebracht, ungefähr folgendermaßen verdeutlichen: der Mensch hat persönliche Eigenschaften und handelt darnach; die juristische Person hat keine solchen und handelt durch Dritte (Organe). Vermögen kann sowohl die physische, als auch die juristische Person kraft ihrer Rechtsfähigkeit besitzen. Der Mensch hat aber darüber hinaus eine Persönlichkeit, die juristische Person ist ohne es wesenlos. Daraus folgt, daß bei Verträgen mit juristischen Personen wohl auf die Qualität ihres Vermögens abgestellt werden kann, nicht aber auf irgendwelche persönliche Eigenschaften; Vertrauen genießt nur ihr Vermögen, nicht ihre Person. Solide ist nicht sie selbst, sondern das von ihr betriebene Unternehmen. Sogenannte Vertrauensverhältnisse als höchstpersönliche Rechtsverhältnisse gibt es bei juristischen Personen nicht und Verhältnisse, die sich auf vermögensrechtliche Qualitäten eines Schuldners stützen, sind niemals höchstpersönlich."

79 In dit kader komt steeds weer de vergelijking met de verkrijging onder algemene titel krachtens erfrecht naar boven. Uit die vergelijking destilleert men dat - gelijk bij erfopvolging ook het geval is - hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen ook bij fusie teniet gaan, althans niet ongewijzigd overgaan op de verkijgende rechtspersoon. James Breit (J. Breit, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, 95e Band, 1931, p. 41-42) heeft deze gelijkstelling op heldere en overtuigende wijze beschreven en bestreden: "Soweit das Gesetz dem Tode eine vernichtende Wirkung auf laufende Verträge beilegt und damit das betreffende Rechtsverhältnis den Auswirkungen der Gesamtrechtsnachfolge entzieht, liegt der Grund in dem individuellen Moment, das diese Rechtsverhältnisse vor anderen auszeichnet. Konkreter: das Gesetz geht davon aus, daß die persönlichen Eigenschaften des Berechtigten oder Verpflichteten, sein Character, seine wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung usw. für den anderen Teil bei Eingehung der Rechtsbeziehungen mit bestimmbar waren. Mit dieser Erkenntnis wäre es nicht vereinbar, wenn im Falle des Todes ohne weiteres der Erbe den Platz des ursprünglich Berechtigten oder Verpflichteten einnehmen würde. Nur wenn der Vertragsgegner von vornherein sich mit dem Übergang auf den Erben einverstanden erklärt und somit zu erkennen gegeben hat, daß für ihn die Individualität des Kontrahenten nicht von entscheidender Bedeutung ist, geht auch ein grundsätzlich "höchstpersönliches" Rechtsverhältnis im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über. Für diese Rücksicht auf das individuelle Moment in der Person des Vertragsgegners ist beim Kontrahieren mit einer juristischen Person, insbesondere einer Aktiengesellschaft, kein Raum. Gewiß kann die Persönlichkeit der leitenden Männer Veranlassung zum Vertragsabschlusse gebildet haben. Aber die Verwaltung der Gesellschaft kann wechseln; die Identität der Rechtspersönlichkeit und mithin der Bestand der von ihr eingegangenen Rechtsverhältnisse wird durch den Wechsel nicht betroffen. Ja, der Vertragsgegner muß zusehen, wie die ihm gegenüber berechtigte oder verpflichtete

Hoogstpersoonlijk in rechtspersonenrechtelijke zin is bijvoorbeeld de aanstelling als bestuurder van een rechtspersoon.[80] De aanstelling als bestuurder als zodanig gaat natuurlijk niet over op de verkrijgende rechtspersoon. Daarmee is overigens nog niets gezegd over het lot van een eventueel eveneens met de bestuurder gesloten arbeidsovereenkomst.
Ook kan art. 2:34 als treffend voorbeeld worden genoemd om aan te geven wat de kern van deze discussie is. Art. 2:34 bepaalde tot 1 jan. 1992 enkel, dat het lidmaatschap van de vereniging persoonlijk is, tenzij de statuten anders bepalen. Bij de aanpassing van de Boeken 1 en 2 ter gelegenheid van de invoering van het nieuwe algemeen vermogensrecht in 1992 is art. 2:34 lid 2 toegevoegd, welke bepaling later, bij de invoering van splitsing, nog is aangepast. Dit artikel bepaalt thans dat, tenzij de statuten van de vereniging anders bepalen, het lidmaatschap van een rechtspersoon die door fusie of splitsing ophoudt te bestaan, overgaat op de verkrijgende rechtspersoon onderscheidenlijk overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving op een van de verkrijgende rechtspersonen. Daarentegen bepaalt art. 2:35 lid 1 aanhef sub a, dat het lidmaatschap door de dood van het lid eindigt, tenzij de statuten overgang krachtens erfrecht toelaten. De wetgever beschouwt kennelijk het lidmaatschap van een natuurlijke persoon in beginsel als een hoogstpersoonlijke rechtsverhouding, terwijl wanneer een rechtspersoon lid van een vereniging is, als hoofdregel geldt dat geen sprake is van een hoogstpersoonlijke rechtsverhouding, nu de lidmaatschapsverhouding in geval van fusie of splitsing waarbij het betreffende rechtspersoon/lid haar bestaan beëindigt, niet wordt beëindigd maar overgaat of in ieder geval kan overgaan op een verkrijgende rechtspersoon. Of sprake is van een positieve of negatieve uitzondering op de hoofdregel hangt af van het antwoord op de vraag of het lidmaatschap als een vermogensrecht(elijke rechtsverhouding) kan worden gekwalificeerd. Het lidmaatschap van een buurtvereniging is dat doorgaans niet, het lidmaatschap van een woonvereniging of flatexploitatievereniging doorgaans wel.

Aktiengesellschaft ihre Firma ändert, ihren Zweck und Gegenstand wechselt, ihr Grundkapital erhöht oder herabsetzt usw. usw. Alle solche Veränderungen innerhalb ein und derselben Gesellschaft können sehr viel einschneidender sein als der Untergang der Gesellschaft durch Fusion und das damit verbundene Aufgehen in einer anderen Gesellschaft. Ist das individuelle Moment des Vertragsgegners, auf dem die Idee der oben erwähnten "höchstpersönlichen" Rechtsverhältnisse beruht, beim Kontrahieren mit einer Aktiengesellschaft ausgeschaltet, so ist die Gleichstellung der Fusion mit dem Tode und die Ubertragung der für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge kraft Erbfalls vom Gesetz vorgeschriebenen Ausnahmen auf die Gesamtrechtsnachfolge kraft Fusion willkürlich."

80 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 4.

Ik heb in mijn proefschrift[81] betoogd dat onder hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen in het rechtspersonenrecht alleen dienen te worden begrepen die rechtsverhoudingen, die niet of niet ongewijzigd overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. Daaronder vallen dus de rechtsverhoudingen die niet als vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen te kwalificeren zijn én de vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen die op grond van de wet, de statuten, de partijbedoeling of de aard van de rechtsverhouding zelf, niet ongewijzigd onder algemene titel krachtens fusie overgaan. In deze zin kan de kwalificatie "hoogstpersoonlijk" nooit een argument zijn om een rechtsverhouding buiten de overgang te houden, maar is die kwalificatie het resultaat van het feit dat de rechtsverhouding op bovenstaande gronden buiten de overgang onder algemene titel is gehouden. Aan het begrip "hoogstpersoonlijk" wordt aldus bij rechtspersonen een meer formele invulling gegeven.

5.5.4 Omvat vermogen ook publiekrechtelijke rechtsverhoudingen zoals vergunningen?

Hiervoor in nummer 5.5.2 is het geval van de taxifusie aan de orde geweest: drie besloten vennootschappen fuseren, maar het door hen beoogde rechtsgevolg werd slechts ten dele bereikt: de taxi's gaan wel onder algemene titel over, maar de daarbij behorende vergunningen niet.[82] Deze casus brengt ons bij de vraag in hoeverre publiekrechtelijke rechtsverhoudingen in het algemeen vatbaar zijn voor overgang onder algemene titel krachtens fusie of (af)splitsing.
Binnen de wereld van de publiekrechtelijke regelgeving bestaat maar betrekkelijk weinig (systematische) aandacht voor de figuur van de rechtsopvolging (onder algemene of bijzondere titel) in relatie tot publiekrechtelijke rechtsverhoudingen.[83]
Korf en Van Reijen hebben in 1958 gepreadviseerd over de overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen.[84] Door hen worden alleen de overdraagbaarheid en de overgang krachtens erfrecht behandeld. Bij mijn weten wordt in dat preadvies een eerste aanzet gegeven om de problematiek in kaart te brengen. Destijds, toen het NBW en de artt.

---

81 Verstappen 1996, par. 6.2.

82 Vz. CBB 26 sept. 1990, KG 1990, 367 en KG 1991, 13; AB/NJ 1991, 299.

83 J. Korf en L.G. van Reijen, *De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen*, preadviezen voor de vereniging voor administratief recht 1958, Haarlem 1958, alsmede H.J. Simon, De gemeentestem 11 maart 1988, nr. 6851, p. 97, T.A. van Kampen, *De handel en wandel binnen het publiekrecht*, verhandelbaarheid van publiekrechtelijke rechten, NJB 2001, afl. 8, p. 339 en P.J.J. van Buuren en C.L. Knijff, *Overgang van vergunningen*, preadvies KNB 2001.

84 Zie de vorige noot.

3:6 en 83 nog slechts in ontwerpfase bestonden en fusie en (af)splitsing in het geheel nog niet bestonden, kwamen zij samengevat tot de volgende bevindingen.

Van Reijen constateert, dat in het administratief recht geen regeling aan te wijzen is die regels voor de opvolging van administratiefrechtelijke rechtsbetrekkingen bevat, zoals die in het civiele recht wel bestaat. De vraag van de overgang, waaronder ook overdracht moet worden begrepen, dient te worden beantwoord aan de hand van de betreffende wettelijke regeling of aan de hand van hetgeen bij de betreffende rechtsbetrekking, bijvoorbeeld in de vorm van vergunningvoorwaarden, is bepaald. Valt er geen geschreven of ongeschreven rechtsregel aan te wijzen die de overgang mogelijk maakt, dan is overgang formeel onmogelijk. Het bestuur kan dan evenwel nog materiële overgang mogelijk maken.
Administratieve rechtsbetrekkingen volgen veelal veranderingen in de sfeer van het civiele recht. Of overgang van een administratieve rechtsbetrekking mogelijk moet zijn of wenselijk is, is een kwestie van belangenafweging. Naarmate de persoon van de betrokkene van minder belang is, bestaan minder bezwaren tegen overgang. Anderzijds bestaat er aan die overgang meer behoefte naarmate deze kan dienen om de bezwaren weg te nemen die onvoorziene althans onvoorzienbare gebeurtenissen voor de continuïteit van het maatschappelijk leven en voor bestaande juridische, vooral vermogensrechtelijke verhoudingen kan hebben.[85] Duidelijk voorbeeld van een niet-persoonsgebonden rechtsbetrekking zijn de kwalitatieve rechtsbetrekkingen die onlosmakelijk aan een zaak verbonden zijn. De uitweg- en bouwvergunning kunnen hier worden genoemd.[86]

Korf concludeert, dat voor alle persoonlijke rechten en plichten zich de regel laat opstellen dat zij slechts op een derde kunnen overgaan, indien en voorzover de voor de gerechtigde of verplichte geldende regels van publiekrecht dat toelaten, en dan nog slechts op de wijze in die regelingen vervat.[87] Opmerking verdient dat hij ook nog onderscheid maakt tussen strikt persoonlijke en hoogstpersoonlijke rechten en plichten, waaronder hij begrijpt die rechten en plichten waarvan elke overgang uit de aard der zaak is uitgesloten. Anders ligt het voor wat betreft de rechten en plichten die op de opvolger overgaan op grond van zijn kwaliteit, bijvoorbeeld als

---

85 Van Reijen, preadvies 1958, p. 99 t/m 102.
86 Vgl. ook art. 6:251 en 252.
87 Korf, preadvies 1958, p. 18.

eigenaar.[88] Op erfgenamen gaan rechten en plichten slechts over indien het publiekrecht dat bepaalt.[89]

Recentelijk is de kwestie van de vermogensrechtelijke aspecten van vergunningen door het rapport Verhandelbare rechten in het brandpunt van de belangstelling komen te staan.[90]
De vraag van de overdraagbaarheid is, zo algemeen gesteld, moeilijk voor alle soorten publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen te beantwoorden. Publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen zijn er in allerlei vormen. Een rijbewijs, een uitwegvergunning, een bouwvergunning, een concessie ingevolge de Mijnwet, een diploma, het recht op overheidssubsidie, de hoedanigheid van notaris, ze vallen allemaal onder het ruime begrip publiekrechtelijke rechtsbetrekking. De regelgevingen waarop die betrekkingen zijn gebaseerd, lopen voor wat betreft aard, doel en inhoud zozeer uiteen, dat het moeilijk, zo niet onmogelijk, is om een algemene regel op te stellen die aangeeft of en, zo ja, onder welke voorwaarden overgang van dergelijke betrekkingen onder algemene titel krachtens fusie of (af)splitsing mogelijk is.
Uit het rapport Verhandelbare rechten blijkt dat het publiekrecht weinig aandacht schenkt aan dit privaatrechtelijke aspect van publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen. Toch kunnen bijvoorbeeld vergunningen of concessies essentieel zijn voor een bepaalde ondernemingsactiviteit. Daarom behoort hun privaatrechtelijke status niet in het ongewisse blijven.

In het algemeen kan, denk ik, van het volgende worden uitgegaan. Publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen kunnen vermogensrechtelijke trekken hebben, zo volgt reeds uit de Benthem-zaak.[91] De belangrijkste categorie publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen die als vermogensrechten zijn te kwalificeren, zijn vergunningen of concessies. Zij kunnen overdraagbaar zijn en als ze dat niet zijn, dan zal voor bedrijfsmatige vergunningen in de meeste gevallen toch wel gezegd kunnen worden, dat

88 Korf, preadvies 1958, p. 27.
89 Korf, preadvies 1958, p. 49.
90 Rapport van de MDW-werkgroep "Verhandelbare rechten", bijlage bij de brief van de Ministers van Justitie en Economische Zaken van 8 februari 2000, Kamerstukken II 1999/00, 24 036, nr. 149; P.J.J. van Buuren en C.L. Knijff, *Overgang van vergunningen*, preadvies KNB 2001; T.A. van Kampen, *De handel en wandel binnen het publiekrecht*, verhandelbaarheid van publiekrechtelijke rechten, NJB 2001, afl. 8, p. 339.
91 Europees Hof voor de Rechten van de Mens 23 oktober 1985, AB 1986, 1, met noot E.M.H. Hirsch Ballin, vgl. ook Dircks-Dircks HR 16 mei 1997, NJ 1998, 238 met noot M. Scheltema. Maar ook al eerder, vgl. HR 27 februari 1942, NJ 1942, 350, inzake een teeltvergunning; HR 3 juni 1954, NJ 1954, 380, inzake een drankvergunning en HR 15 februari 1984, BNB 171 inzake een taxivergunning.

zij er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen (art. 3:6). Zij zullen in het algemeen als ander (vermogens)recht in de zin van art. 3:83 lid 3 moeten worden gekwalificeerd. Overigens is het niet uitgesloten dat publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen vorderingsrechten in de zin van art. 3:83 lid 1 zijn, bijvoorbeeld het recht op subsidie. Men zou kunnen zeggen dat met name door het brede begrip vermogensrecht van art. 3:6 en art. 3:83 lid 3, op dit punt samenloop van publiek- en privaatrecht plaatsvindt.

De vraag is vervolgens of publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen voor overgang onder algemene titel vatbaar zijn. Deze vraag moet in zijn algemeenheid ontkennend worden beantwoord *voor zover publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen geen overwegend vermogensrechtelijk karakter bezitten.*[92] Voor overgang krachtens erfrecht, fusie of (af)splitsing is immers als hoofdregel vereist dat de publiekrechtelijke rechtsbetrekking als vermogensrechtelijke rechtsbetrekking wordt gekwalificeerd. Ik heb daar geen onderzoek naar verricht, maar ik denk dat de meeste publiekrechtelijke rechtsverhoudingen niet als vermogensrechtelijk kunnen worden gekwalificeerd. Belangrijke uitzondering hierop vormen vergunningen en concessies. Van Buuren en Knijff voeren de uitzondering van vergunningen en concessies aan om voormelde, door mij opgestelde hoofdregel ter discussie te stellen.[93] Mijns inziens bevestigen deze uitzonderingen juist de hoofdregel.

Opmerkelijk is dat de wet de onoverdraagbaarheid van andere vermogensrechten als hoofdregel in art. 3:83 lid 3 voorop stelt, terwijl een dergelijke algemene regel niet voor overgang onder algemene titel bestaat.

Nu zal, denk ik, als hoofdregel aangenomen kunnen worden, dat overdraagbare vergunningen ook kunnen overgaan onder algemene titel. Overdraagbare vergunningen zijn vermogensrechten en vallen als zodanig onder het begrip vermogen als bedoeld in art. 2:309 en 334a. Niet valt in te zien waarom overdracht wel en overgang niet mogelijk zou zijn.[94] De vraag is echter of die overgang onder dezelfde voorwaarden mogelijk is als waaronder blijkens de betreffende publiekrechtelijke wet overdracht mogelijk is. Zo verbindt de Mijnwet aan overdracht de toestemming van de minister van economische zaken. Bij het verlenen van toestemming speelt de financiële en technische haalbaarheid van de plannen van de concessionaris een grote rol. Mij dunkt dat die vragen ook gesteld zouden

---

92 Indien het vermogensrechtelijke aspect slechts een nevenwerking van de rechtsbetrekking is, is geen sprake van een vermogensrecht, zo bijvoorbeeld de ouderlijke macht: dit is geen vermogensrecht ondanks het daaraan verbonden ouderlijk vruchtgenot, vgl. Asser-Mijnssen-De Haan 3-1, *Goederenrecht*, Zwolle 2001, nr. 2.

93 Vgl. P.J.J. van Buuren en C.L. Knijff, preadvies 2001, p. 26.

94 Vgl. P.J.J. van Buuren en C.L. Knijff, preadvies 2001, p. 27.

moeten worden indien de NAM de concessie tot exploitatie van een gasveld wenst af te splitsen in een joint-venture tussen de NAM en een andere oliemaatschappij. De Mijnwet kent evenwel geen enkele bepaling die een dergelijke overgang (on)mogelijk maakt. Is echter toestemming van de minister van economische zaken nodig?[95]

Het is echter ook mogelijk, dat vergunningen weliswaar niet onder algemene titel overgaan in civielrechtelijke zin, maar wel overgeschreven worden door het betreffende bestuursorgaan. Dat impliceert een bestuursrechtelijke rechtshandeling, waarmee in eindeffect wel het beoogde doel wordt bereikt.[96]

Er zijn evenwel publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen die weliswaar als vermogensrechtelijk kunnen worden bestempeld, maar waarvan de overgang niet of niet zonder meer mogelijk is. De eerder behandelde casus van de vergunningen op grond van de Wet personenvervoer is daar een voorbeeld van: niemand zal ontkennen dat taxivergunningen vermogensrechten zijn, nu zij ertoe strekken de rechthebbende voordeel te verschaffen. Toch gaan ze niet onder algemene titel krachtens fusie over. De wet bepaalt dat immers uitdrukkelijk. Vanuit het uitgangspunt geredeneerd dat vergunningen vermogensrechtelijk van aard zijn, behoort de wet dan ook expliciet te bepalen dat overgang niet mogelijk is.

Voor het beantwoorden van de vraag of een publiekrechtelijke rechtsverhouding voor overgang vatbaar is, zal dus eerst moeten worden bepaald of de publiekrechtelijke rechtsverhouding als vermogensrecht kan worden gekwalificeerd. Indien deze vraag bevestigend beantwoord wordt, dan geldt als hoofdregel dat overgang plaatsvindt, tenzij de betreffende wettelijke regeling expliciet of impliciet overgang uitsluit. Indien de vraag ontkennend wordt beantwoord, dan geldt als hoofdregel dat overgang niet plaatsvindt, tenzij de betreffende wettelijke regeling expliciet of impliciet overgang mogelijk maakt.

Voor de publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen die kwalitatief van karakter zijn, in juridische zin verknocht aan bepaalde goederen zoals uitweg- en bouwvergunningen, geldt in het algemeen dat zij uit hun aard wel voor overgang vatbaar zullen zijn, zowel onder algemene als onder bijzondere titel, maar dan wel met de zaak waarop zij betrekking hebben. In zoverre hebben ze geen zelfstandig vermogensrechtelijk bestaan.

---

95 Vgl. echter MvT, Kamerstukken II, 1998/1999, 26219, nr. 3, p. 60, waarin de Minister in het kader van de behandeling van de nieuwe Mijnbouwwet opmerkt bij art. 21 dat de vergunning weliswaar overgaat, maar dat als de nieuwe houder, bijvoorbeeld de gefuseerde vennootschap, niet meer voldoet aan de releante eisen, de Minister van Economische Zaken de vergunning zo nodig op grond van art. 22 kan intrekken.

96 Zie voor een voorbeeld van een dergelijke handelwijze van het bestuur HR 16 mei 1997, 1998, 238 met noot van M. Scheltema. Vgl. P.J.J. van Buuren en C.L. Knijff, preadvies 2001, p. 23.

Hoewel de beantwoording van de vraag naar de "overgankelijkheid" van publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen dus in hoge mate afhangt van de betreffende wettelijke regeling[97], zoekt men meer dan eens tevergeefs in publiekrechtelijke wetgeving naar het antwoord. Bepaald niet altijd is in de betreffende publiekrechtelijke regeling aangegeven of alle vormen van overgang onder algemene titel mogelijk zijn. Literatuur en jurisprudentie over dit onderwerp zijn schaars.
Wat ook hier opvalt is dat bij de introductie van fusie en (af)splitsing is verzuimd in diverse publiekrechtelijke wetgeving aan te geven wat het rechtsgevolg van de overgang van vermogen onder algemene titel voor bestaande publiekrechtelijke rechtsverhoudingen is. Zo is bij de invoering van (af)splitsing alleen in de Wet op het consumentenkrediet een bepaling opgenomen die inhoudt, dat een krachtens die wet verleende vergunning tot het verstrekken van kredieten vervalt als de rechtspersoon die de vergunning houdt zich splitst.
Mijns inziens is het wenselijk dat de wetgever zoveel mogelijk in de betreffende wettelijke regelingen aangeeft welke publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen voor overgang onder algemene titel vatbaar zijn. Daarbij verdient aantekening dat de wetgever zal moeten differentiëren: het is heel wel denkbaar dat overgang van een bepaalde vergunning krachtens erfopvolging niet en krachtens fusie wel mogelijk behoort te zijn.
Anders dan Van Buuren en Knijff meen ik, dat de wetgever in het belang van de rechtszekerheid in het rechtsverkeer, duidelijkheid behoort te verschaffen. In sommige wettelijke regelingen is dat wel gedaan[98], maar de huidige wet is op dit punt toch onvolledig en gebrekkig.[99] Alle publiekrechtelijke wetgeving met vermogensrechtelijke trekken behoort mijns inziens hierop een keer te worden doorgelopen en de Aanwijzingen voor de regelgeving moeten op dit punt worden aangepast. Het eerste is minstens zo belangrijk als het laatste.
Voor het antwoord op de vraag of publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen, zoals vergunningen, overdraagbaar zijn, verwijs ik verder naar nummer 6.6 hierna.

---

97 Zie B. Wessels, *Splitsing van het onsplitsbare, Stichting & Vereniging 1997*, nr. 6, p. 182.

98 Bijvoorbeeld melkquotum, zie art. 7 Verordening 3950/92. Van melkquotum behoort te worden aangenomen dat het een vermogensrecht is, vgl. Hof Arnhem 5 febr. 1990, NJ 1992, 52; HR 2 januari 1992, BNB 1992, 117; HR 29 september 1995, NJ 1996, 88; HR 11 juni 1997, BNB 1997, 303; alsmede HR 15 juli 1998, BNB 1998, 313.

99 Zo is in het geheel niet de overgang onder algemene titel geregeld van mestproductierechten en viscontingeringen, vgl. HR 26 november 1986, BNB 1987, 24, waaruit voortvloeit dat viscontingenten als zelfstandige bedrijfsmiddelen voor de investeringsbijdrage mogen worden beschouwd.

5.6 *De onzekere rechtsgevolgen van rechtsopvolging onder algemene titel*

Uit het voorgaande volgt reeds, dat de organisatorische kant van fusie en (af)splitsing in de wet weliswaar vrij minutieus is uitgewerkt, maar dat de vermogensrechtelijke kant, met name de omvang en de gevolgen van rechtsopvolging onder algemene titel, er vrij bekaaid vanaf gekomen is. Reeds van diverse kanten is erop gewezen dat de wetgever hier een steek heeft laten vallen.[100]

Toch is het bij de introductie van nieuwe rechtsfiguren gebruikelijk te onderzoeken wat de invloed daarvan op bestaande rechtsfiguren is en allerlei wetgeving zo nodig daarop aan te passen. Een en ander wordt vervolgens nader geregeld in een zogenaamde aanpassingswet.[101]

Bij de introductie van fusie en (af)splitsing is geen afzonderlijke aanpassingswet opgesteld, maar bevatten de betreffende wetten een aantal slotbepalingen die dergelijke aanpassing in andere wetgeving regelen. Bij de invoering van fusie voor naamloze en besloten vennootschappen in 1984 is alleen een aantal bepalingen van Boek 2, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, van de Wet op het Levensverzekeringsbedrijf en van de Wet op het Schadeverzekeringsbedrijf aangepast. Wel is tijdens de parlementaire behandeling van de zijde van de Kamer ervoor gepleit om duidelijk te maken wat de fiscale gevolgen van fusie zijn.[102] Bij de verbreding van het bereik van fusie op verenigingen en stichtingen heeft men art. 1:302 en de Beginselenwet voor de Kinderbescherming aangepast met het oog op voogdijrechtspersonen, art. 2:20a de regeling van omzetting van rechtspersonen, art. 4:946 met het oog op makingen ten behoeve van fuserende rechtspersonen, en voorts een paar wijzigingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en een wijziging in zowel de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst als in de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten doorgevoerd. Pas later, in 1997, is een wetsvoorstel

---

100 Vgl. mijn proefschrift, hoofdstuk 6, alsmede het advies van de Nationale Raad voor Maatschappelijk Welzijn, MvT, Kamerstukken II, 1983/84,18 285, nr. 3, bijlage, p. 14-15. B. Wessels, *Splitsing van het onsplitsbare Stichting & Vereniging 1997*, nr. 6, met name p. 179 en 180, waarin hij terecht opmerkt dat een heel boek (Boek 4 BW) handelt over de rechtsgevolgen van overlijden en met name de erfopvolging die dan intreedt, maar dat zulks ontbreekt voor het rechtspersonenrechtelijke "overlijden" door fusie of (af)splitsing.

101 Zo is dat gebeurd bij de invoering van het geregistreerd partnerschap, de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, het nieuwe erfrecht maar ook bij de invoering van het nieuwe belastingstelsel. Die aanpassingswetten zijn soms omvangrijker dan de wet die de nieuwe rechtsfiguur introduceert.

102 MvA, Kamerstukken II 1981, 16 453, nr. 6, p. 2-3.

ingediend dat (eindelijk) de fiscale gevolgen van fusie regelt.[103] Toen splitsing in ons recht werd geïntroduceerd, werden meer wettelijke bepalingen aangepast.[104]
Aldus werd de invloed van fusie en (af)splitsing op bestaande rechtsfiguren mijns inziens ten onrechte slechts fragmentarisch geregeld. Voor talrijke benoemde vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen ontstaat immers de door de wet onbeantwoorde vraag of fusie dan wel (af)splitsing verandering teweegbrengt.

Deze leemte in de wet kan ook worden geïllustreerd door te wijzen op de talrijke wettelijke bepalingen ter regeling van de rechtsgevolgen van het overlijden van natuurlijke personen en het ontbreken van dergelijke bepalingen voor fusie en (af)splitsing. Zo kan de vraag worden gesteld of een door of aan een rechtspersoon verleende volmacht onder algemene titel kan overgaan krachtens fusie of (af)splitsing.[105] Stel, A BV heeft volmacht aan X gegeven. A BV splitst zich in B BV en C BV. A BV beëindigt haar bestaan daarbij. In de beschrijving wordt op geen enkele wijze melding gemaakt van de volmacht. Wie is na de splitsing volmachtgever? Vervalt de volmacht? En hoe zit het als A BV gevolmachtigde in plaats van volmachtgever is? Het eenvoudig toepassen van de regel dat de volmacht eindigt door de dood, ligt niet in de rede. Het zonder meer laten voortbestaan van de volmacht, verleend aan of door een fuserende of zich (af)splitsende rechtspersoon, is het andere uiterste. De wet zwijgt in alle talen, waaruit voorshands de conclusie moet worden getrokken dat volmacht als zijnde doorgaans van niet vermogensrechtelijke aard, niet door fusie of (af)splitsing kan overgaan.

---

103 Wetsvoorstel 25 709 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en van enige andere belastingwetten in verband met de fiscale begeleiding van de overgang van vermogen onder algemene titel bij rechtspersonen op de voet van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

104 Art. 1:302 lid 3, 3:80 lid 2, 4:946 lid 3, 7A:1639aa, art. 997 Rv, art. 37 Wet op belastingen van rechtsverkeer, art. 121 en 129 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, art. 52 Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf, art. 18 Wet op het consumentenkrediet, art. 38 Wet op het basisonderwijs, art. 45 Interimwet op het speciaal onderwijs en het voortgezet speciaal onderwijs, art. 50 Wet op het voortgezet onderwijs, art. 16.11 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, art. 9.1.2 Wet educatie en beroepsonderwijs en art. 33 Kadasterwet.

105 Voor wat betreft de volmacht vindt de minister dat er een einde komt aan een doorlopende volmacht die niet is verbonden aan een vermogensbestanddeel, vgl. Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 16. De procuraties vervallen dan ook voor zover ze zijn verleend door een verdwijnende rechtspersoon, vgl. L.H. Slijkhuis, *Juridische fusie ABN-AMRO Bank*, TVVS 1991, nr. 11, p. 292.

Vergelijkbare vragen kunnen ook bij andere rechtsfiguren worden gesteld, zoals bij aanneming van werk[106], bij het auteursrecht[107], de opdracht[108] en bij de lastgeving[109]. Het ware zinvol wanneer de wetgever voor deze en andere rechtsfiguren regelt of die (ongewijzigd) onder algemene titel overgaan bij fusie en (af)splitsing. Ook Wessels wijst hierop en betoogt dat overal waar de wetgever rechtsgevolg verbindt aan de dood of het overlijden, hetzelfde rechtsgevolg ook moet worden verbonden aan liquidatie of zuivere splitsing, voor zover de aard van de regeling of de aard van de liquidatie/splitsing zich daartegen niet verzet.[110] Ik ben het met dit laatste overigens niet helemaal eens, vgl. nummer 5.7.2 hierna.
Er zijn echter ook andere vragen opgekomen waarop de huidige wettelijke regeling geen antwoord geeft. Zoals bijvoorbeeld de vraag of de artt. 7:662 t/m 666 (bescherming van werknemers bij overgang van ondernemingen) ook van toepassing zijn bij de overgang die zich bij fusie en (af)splitsing voltrekt.[111] Een vrij belangrijk probleem bij fusie en (af)splitsing van rechtspersonen is het voortbestaan van zekerheden. Stel, twee rechtspersonen, A BV en B BV, gaan fuseren. X heeft zich jegens Y borg gesteld voor de nakoming van een schuld van A BV, de hoofdschuldenaar. B BV heeft een aanzienlijk slechtere financiële positie. Juist daarom wil B BV fuseren met A BV. A BV is geïnteresseerd in de activiteiten van B BV. Wat is de positie van borg X? Heeft de borg nog mogelijkheden iets aan zijn door de fusie verslechterde positie te doen?[112] Op deze problematiek ga ik onder nummr 5.8.2 hierna nader in.
Hoe zit het in het volgende geval: A BV heeft aan de bank hypotheekrecht verleend tot zekerheid voor de terugbetaling van al zijn huidige en toekomstige schulden (een bankhypotheek). Stel, A BV fuseert met B BV en wel zodanig dat B BV de verkrijgende vennootschap is. Geldt de hypotheek ook voor schulden die na de fusie ontstaan? En maakt het verschil als niet B BV de verkrijgende vennootschap is, maar A BV?[113]
Stel, een bank wenst een deel van de hypotheekportefeuille af te splitsen in een dochtermaatschappij. Daartoe worden alle overeenkomsten waarbij kredieten zijn verleend in ruil voor hypothecaire zekerheid en de verleende hypothecaire zekerheden in een dochtermaatschappij afgesplitst. Gelden de

---

106 Art. 7A:1648.
107 Art. 37 Auteurswet.
108 Art. 7:409 en 410.
109 Art. 7:422.
110 B. Wessels, *Splitsing van het onsplitsbare?* Stichting & Vereniging 1997, nr. 6, p. 180.
111 Vgl. H. Pasman, *Rechtspositie werknemers bij overgang van een onderneming*, in *Een hele onderneming*, Deventer 1998, p. 13 en 14, vgl. echter ook MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 14.
112 Zie over deze problematiek ook Verstappen 1996, par. 6.5.
113 Zie over deze problematiek Verstappen 1996, par. 6.6.

zekerheden uit bankhypotheken ook voor hypothecaire vorderingen die voortvloeien uit geheel nieuwe kredietovereenkomsten die de dochtermaatschappij van de bank met de cliënten aangaat?
Hoe zit het met de blokkeringsregeling: Stel, A BV heeft aandelen in X BV, een concurrent van B BV. A BV gaat een deel van haar vermogen, waaronder de aandelen in X BV, afsplitsen in B BV. Moeten de aandelen aan de overige aandeelhouders van X BV worden aangeboden ter gelegenheid van de afsplitsing? In de meeste statuten zal voor deze situatie een aanbiedingsplicht zijn opgenomen, maar wat als zulks niet het geval is? De verplichte blokkering geldt naar luid van art. 2:195 in beginsel alleen voor overdracht en niet voor overgang onder algemene titel.[114]
Hoe zit het met onoverdraagbare vorderingsrechten (art. 3:83 lid 2)? Fusie en (af)splitsing kunnen mijns inziens als een beschikkingshandeling worden aangemerkt (zie nummer 5.7.5 hierna). Het zijn immers op overgang onder algemene titel gerichte rechtshandelingen. De ratio achter de regel dat vorderingsrechten onoverdraagbaar kunnen worden gemaakt, is mede de contractsvrijheid. De ratio van de onoverdraagbaarheid speelt wel degelijk ook hier een rol, ook al is geen sprake van overdracht. Nergens is evenwel in de wet verduidelijkt of onoverdraagbare vorderingsrechten onder algemene titel krachtens fusie of (af)splitsing kunnen *overgaan*.[115]
En hoe zit het met het lidmaatschap in een personenvennootschap? Betekent afsplitsing van het lidmaatschap van één van de leden van de personenvennootschap, dat de vennootschap onverstoord blijft voortbestaan? Ook als het lidmaatschap door afsplitsing overgaat op de grootste concurrent van de personenvennootschap? Mogen de andere

---

114 Hof Amsterdam 13 juni 1991, NJ 1991, 669: in geval van fusie naar Frans recht hoefde de blokkeringsregeling niet in acht te worden genomen.

115 In Duitsland is dit wel geregeld: volgens par. 132 UmwG zijn de algemene regels die overdracht uitsluiten of aan beperkingen verbinden, onverkort van toepassing bij partiellen Gesamtrechtsnachfolge. Zie Chr. Aha, *Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge bei der Ausgliederung?*, Die Aktiengesellschaft, 1997, nr. 8, p. 351. In Duitsland wordt deze regel echter restrictief toegepast, omdat het grote voordeel bij Gesamtrechtsnachfolge weg zou vallen als dergelijke beperkingen van toepassing zouden zijn op alle vormen van Gesamtrechtsnachfolge. Zo wordt de regel niet toegepast indien ondernemingen of delen van ondernemingen worden afgesplitst. Weliswaar is het formeel zo dat onoverdraagbare vorderingen niet overgaan, maar bij ondernemers bepaalt par. 354a BGB dat onoverdraagbaarheid aan overdracht niet in de weg staat. Dit onderwerp behoort tot de meest omstreden regelingen van het Umwandlungsgesetz, vgl. H. Heckschen, *Die Entwicklung des Umwandlungsrechts aus Sicht der Rechtsprechung und Praxis*, DB Heft 27/28 (1998), p. 1397; L. Fuhrmann en S. Simon, *Praktische Probleme der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung*, Die Aktiengesellschaft 2000, nr. 2, p. 55. Recentelijk heeft de DAV-handelsrechtsausschuss voorgesteld deze bepaling "ersatzlos zu streichen" zie Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, ZIP 2000, nr. 37, p. VI. Vgl. ook ZIP-Report. RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1997, p. 1986-1987.

vennoten zich verzetten tegen de voorgenomen afsplitsing? Ik zou menen van niet, omdat het verzetrecht alleen geldt voor schuldeisers en niet voor andere belanghebbenden dan schuldeisers.[116]
Nog moeilijker ligt het voor de rechtsverhoudingen die op de een of andere manier verband houden met de interne structuur van de fuserende of zich splitsende rechtspersoon. Bijvoorbeeld arbeidsovereenkomsten met bestuurders of overeenkomsten met commissarissen van de ter gelegenheid van de fusie of (af)splitsing verdwijnende rechtspersoon. Door het eindigen van het bestaan van een rechtspersoon als gevolg van fusie, eindigt de arbeidsovereenkomst nog niet van rechtswege. Datzelfde geldt voor de overeenkomst van opdracht met bestuurders of commissarissen.[117]
Ook duidelijke vermogensrechten, waarvan de nakoming door de fusie niet meer mogelijk is, gaan ongewijzigd onder algemene titel op de verkrijgende rechtspersoon bij fusie over: zo zullen converteerbare obligaties of bepaalde winstrechten blijven voortbestaan.[118] Hetzelfde geldt voor certificaten van aandelen in een vennootschap, die door fusie is opgehouden te bestaan. De wet bevat dienaangaande echter wel voorzieningen, zie de artt. 2:320 en 322.[119]
Over deze laatste bepaling, art. 2:322, bestaat trouwens buitengewoon interessante Duitse jurisprudentie en literatuur. Wat is rechtens als door fusie van twee of meer rechtspersonen, de gefuseerde rechtspersoon in een tegenstrijdige, conflicterende rechtsbetrekking komt te staan? A BV heeft een non-concurrentiebeding gesloten met B BV, waarin onder meer geregeld is, dat beide vennootschappen elk een bepaald gebied bedienen. B BV fuseert met C BV, die langlopende leveranciersovereenkomsten met afnemers in het gebied van A BV heeft lopen. Gaat het non-concurrentiebeding ongewijzigd over? Ik verwijs hier kortheidshalve naar mijn proefschrift.[120]

Met het bovenstaande is aangetoond dat de zo eenvoudig lijkende overgang onder algemene titel bepaald niet altijd tot duidelijke rechtsgevolgen leidt.

---

116 MvA, Kamerstukken II 1983/84,18 285, nr. 6, p. 10-11.

117 Vgl. Verstappen 1996, par. 6.10.2 en 6.10.3. In het Duitse recht wordt in gelijke zin geoordeeld over de positie van bestuursleden. In de jurisprudentie heeft zich de casus voorgedaan van een bestuurder van een fuserende vennootschap die weigerde de tien jaren durende arbeidsovereenkomst met de gefuseerde vennootschap voort te zetten. De vennootschap verlangde voortzetting van de arbeidsovereenkomst. De vennootschap kreeg gelijk en de bestuurder werd veroordeeld tot voortzetting van zijn arbeidsovereenkomst. J. Münster, *Einfluß der Fusion auf bestehende Vertragsverhältnisse*, Heidelberg 1911, p. 49.

118 Zie Verstappen, diss, par. 6.3.

119 Vgl. ook de zaaksvervangingsregel van art. 2:319 met betrekking tot pandrecht en vruchtgebruik, zie ook de artt. 3:229 en 213.

120 Zie Verstappen, diss, par. 6.12.

Ik denk dat de wetgever alsnog een aanpassingswet moet maken, waarin deze specifieke problemen zoveel mogelijk geregeld worden. In de eerste plaats dient verduidelijkt te worden wat het bereik van het begrip vermogen is. Vervolgens zal moeten worden aangegeven wat het rechtsgevolg van de rechtsopvolging onder algemene titel krachtens fusie of (af)splitsing voor verschillende rechtsfiguren en leerstukken is. Beide aspecten hangen overigens met elkaar samen.

5.7 Het bijzondere karakter van fusie en (af)splitsing

5.7.1 Inleiding

In het bovenstaande meen ik te hebben aangetoond dat de huidige fusie- en (af)splitsingswetgeving nog niet helemaal compleet is en op onderscheiden onderdelen tot onzekerheid leidt. In dit nummer wil ik een aantal algemene aspecten van de rechtsopvolging onder algemene titel die zich bij fusie en (af)splitsing voltrekken, nader belichten. De bedoeling is te achterhalen met welke bijzondere kenmerken van fusie en (af)splitsing rekening moet worden gehouden bij het uitwerken van de specifieke rechtsgevolgen van de overgang onder algemene titel bij fusie en (af)splitsing. Slagter[121] heeft reeds gesignaleerd dat toepasselijkheid van leerstukken uit het algemeen vermogensrecht op fusie "onoverzienbare vergezichten" zou kunnen openen. Hierna komen enkele van die leerstukken aan de orde.

5.7.2 Analogie met erfopvolging?

Vele malen wordt de vergelijking getrokken tussen opvolging onder algemene titel krachtens fusie, zuivere splitsing en erfopvolging. Overgang onder algemene titel heeft zich als rechtsfiguur ook vanuit het erfrecht ontwikkeld. De vraag die ik mij stel is of de rechtsgevolgen van erfopvolging voor bepaalde rechtsverhoudingen zonder meer te extrapoleren zijn naar de opvolging onder algemene titel krachtens fusie of (af)splitsing. Daar is wel wat voor te zeggen aangezien beide wijzen van opvolging onder algemene titel een aantal elementen gemeenschappelijk hebben. Zo beëindigen bij fusie, zuivere splitsing en erfopvolging personen hun bestaan. Niet onbelangrijk is dat art. 2:5 expliciet aangeeft dat een rechtspersoon, wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijke persoon gelijk staat, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Bij gebrek aan een specifieke wettelijke regeling ligt het natuurlijk voor de hand de eventuele erfrechtelijke regel analoog toe te passen.

---

121 W.J. Slagter, *De invoering van de Boeken 3, 5 en 6 NBW en het rechtspersonenrecht*, TVVS 1992, nr. 1, p. 6.

Sommige schrijvers trekken uit de gelijkenis tussen rechtsopvolging krachtens erfrecht, fusie en (af)splitsing dan ook vrij snel de conclusie, dat de regels van erfrecht van overeenkomstige toepassing zijn op fusie. Vooral in Duitsland, waar men aanvankelijk nog niet beschikte over een min of meer uitgewerkte fusieregeling zoals wij die thans in Nederland kennen, is de rechtspraak eveneens uitgegaan van analoge toepassing van erfrechtelijke regels op fusie.[122] Ook in Nederland grijpt men, na de invoering van fusie in ons recht, naar analoge toepassing van erfrechtelijke regels. Zo vindt Van Solinge[123] dat indien een BV lid is van een maatschap of vennootschap onder firma, de maatschap of vennootschap onder firma met de fusie van die BV wordt ontbonden, omdat de BV ophoudt te bestaan *op grond van de wet*, zie art. 7A:1683 aanhef sub 4. Dit is begrijpelijk en in eindresultaat wel doelmatig, maar het zonder meer toepassen van een bepaling die de gevolgen van het *overlijden* van een *natuurlijke* persoon regelt, op fusie, is zonder nadere verklaring niet bevredigend en kan leiden tot ongewenste rechtsgevolgen.

Er bestaan belangrijke verschillen tussen fusie en (af)splitsing enerzijds en erfopvolging anderzijds die maken dat het zeker niet van zelf spreekt, dat erfrechtelijke regels op fusie en zuivere splitsing van overeenkomstige toepassing zijn.
Bij erfopvolging wordt de persoon van de overledene enkel in vermogensrechtelijk opzicht voortgezet ter afwikkeling van de nalatenschap. Bij fusie en zuivere splitsing valt de rechtsdrager, de rechtspersoon, weliswaar weg, maar zijn organisatie zal in meerdere of mindere mate voortleven in de rechtspersoon waarin hij gefuseerd respectievelijk gesplitst is, afhankelijk van hoe de fusie of splitsing volgens het voorstel tot fusie respectievelijk splitsing, op organisatorisch vlak gestalte krijgt.[124]

---

122 H.L. Veh, *Eintritt in Rechte und Pflichten bei der Verschmelzung (Fusion) von Aktiengesellschaften*, Göttingen 1934, p. 20 e.v. en F. von Cosel, *Die Fusion von Aktiengesellschaften*, Würzburg 1921, p. 122.

123 G. van Solinge 1994, p. 71.

124 R. Schmitt, *Die Fusion*, insbesondere die Wirkungen der liquidationslosen Fusion nach Aktienrecht, Tübingen 1924, p. 13: "Eine natürliche Person kann daher bei einer Fusion nicht als übertragende oder übernehmende Partei beteiligt sein; sie hat keine rechtliche "Struktur", die eine Verschmelzung mit einem andern Rechtssubjekt ermöglichen würde." ... "Die natürliche Person ist eben nicht wie die juristische nur um der wirtschaftlichen Selbständigkeit ihres Vermögens willen zum Rechtssubjekt erhoben, sondern gerade wegen ihrer natürlichen Persönlichkeit und damit der generellen Geeignetheit, Mittelpunkt von Rechtsbeziehungen zu sein."

De causa, de titel of rechtsgrond op grond waarvan verkrijging onder algemene titel plaatsvindt, verschilt wezenlijk.[125] Fusie en (af)splitsing zijn meerzijdige beschikkingshandelingen, waarmee overgang onder algemene titel wordt beoogd. Vgl. over dit aspect nummer 5.7.5. Anders gezegd: bij erfopvolging is er een noodzaak om overgang onder algemene titel te laten plaatsgrijpen. Het rechtssubject dat voorheen drager van het vermogen was, is soms plotseling, soms na een ziekbed komen te ontvallen. Het rechtsverkeer eist dat zijn nalatenschap, zijn nagelaten vermogen en vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen, door een of meer andere rechtssubjecten of rechtspersonen worden overgenomen, mede met het oog op de liquidatie en verdeling van de nalatenschap.[126]
Erfopvolging houdt doorgaans verkrijging van vermogen in zonder dat daarvoor een tegenprestatie verricht wordt. Bij fusie en (af)splitsing van rechtspersonen - behalve fusie en (af)splitsing van stichtingen en bepaalde fusies en (af)splitsing van vennootschappen - is het ruilkarakter nadrukkelijk aanwezig. De leden en aandeelhouders ruilen hun lidmaatschap respectievelijk aandeelhouderschap in voor dat van de nieuwe rechtspersoon. In geval van fusie en (af)splitsing van stichtingen is een dergelijke ruilverhouding niet mogelijk bij het ontbreken van personen die als rechthebbenden op het eigen vermogen gekwalificeerd kunnen worden, zoals bijvoorbeeld aandeelhouders.[127]
In Duitsland hebben literatuur en rechtspraak aanvankelijk het standpunt ingenomen dat regels van erfrecht zonder meer van overeenkomstige

---

125 J. Breit, *Fusion und Aktienrechtsreform*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 95e Band, 1931: p. 37.

126 R. Schmitt, *Die Fusion, insbesondere die Wirkungen der liquidationslosen Fusion nach Aktienrecht*, Tübingen 1924, p. 74, formuleert het als volgt: "Wie beim Erbfall, so tritt auch bei der Fusion Übergang des Vermögens und Untergang des seitherigen Rechtsträgers im gleichen Augenblick ein. Allerdings besteht hierbei ein grundlegender Unterschied zwischen den beiden Vorgängen: Beim Erbfall ist der Tod des Rechtsträgers das Primäre und der Vermögensübergang die unvermeidliche sekundäre Folge, während bei der Fusion das Entscheidende der Vermögensübergang ist, der nur die mehr zufällige, jedenfalls nicht in erster Linie von den Parteien gewollte Wirkung hat, dass die vermögenslos gewordene Ges. untergeht. Immerhin erscheint, soweit eine für den Erbfall getroffene Bestimmung ihren Grund darin hat, dass das Rechtssubjekt, welches bisher der Mittelpunkt des übertragenen Vermögens war, plötzlich zu bestehen aufhört, eine analoge Anwendung auf die Fusion angezeigt." Zie ook Herbert Saacke, Die Gesamtnachfolge bei der eigentlichen Fusion von Aktiengesellschaften, Leipzig 1932, p. 23.

127 R. Schmitt, *Die Fusion, insbesondere die Wirkungen der liquidationslosen Fusion nach Aktienrecht*, Tübingen 1924, p. 71: "Das ganze Geschäft ist ein entgeltliches, wenn auch mit der Eigentümlichkeit, dass die Gegenleistung nicht dem Veräusserer, sondern mit dessen Willen dritten Personen, seinen bisherigen Aktionären, ausgefolgt wird. Dem Erben fällt die Erbschaft kraft Gesetzes, oft ohne Wissen und Willen, unentgeltlich an." Ik merk op dat het Duitse recht destijds fusie enkel in het vennootschapsrecht kende.

toepassing zijn op fusie.[128] Later is men gaan inzien dat er zulke wezenlijke verschillen tussen beide wijzen van opvolging onder algemene titel bestaan en dat het derhalve onjuist is om zonder meer regels van erfopvolging analoog op fusie toe te passen.[129]
Niettemin kunnen er in bepaalde gevallen voldoende aanknopingspunten zijn om regels uit het erfrecht overeenkomstig op fusie toe te passen, maar dat vergt steeds een onderzoek naar de gelijkwaardigheid van de situatie die zich bij fusie of (af)splitsing voordoet met de situatie die de erfrechtelijke bepaling, die eventueel analoog toegepast zou kunnen worden, regelt. Daarbij zal de erfrechtelijke regel vaak zijn toegespitst op het persoonlijke karakter van rechtsbetrekkingen met natuurlijke personen. Het "neutrale" karakter van rechtspersonen staat toepassing van dergelijke erfrechtelijke regels op fusie van rechtspersonen veelal in de weg.[130]

5.7.3 Continuïteit en discontinuïteit

Fusie en (af)splitsing houden zowel continuïteit als discontinuïteit in. Dat fusie en (af)splitsing gericht zijn op continuïteit blijkt ook uit het gegeven dat geen vereffening, zoals bij een ontbonden rechtspersoon of een nalaten-

---

128 RG 12 nov. 1929, Juristische Wochenschrift 1929, p. 1242: "Dagegen läßt sich nicht in Abrede ziehen, daß die Vollbeendigung einer juristischen Person, insbes. einer Akt.G., den Untergang ihrer Rechtspersönlichkeit zur Folge hat, dieser Untergang also mit dem Tod einer natürlichen Person auf einer Stufe steht." (ook aangehaald door J. Breit, ZHR 1931, p. 39); Veh (H.L. Veh, *Eintritt in Rechte und Pfichten bei der Verschmelzung (Fusion) von Aktiengesellschaften*, Göttingen 1934, p. 20) haalt een uitspraak van het Reichsgericht aan: "Der rechtliche Vorgang der Fusion zweier Akt. Gesellschaften mit sofortiger Verschmelzung ist im wesentlichen derselbe wie bei der Beerbung einer natürlichen Person. Es findet nicht die Uebertragung einzelner Rechte und die Uebernahme einzelner Schulden statt, sondern die übernommene Gesellschaft wird behandelt wie eine verstorbene und beerbte Person, es findet eine Gesamtrechtsnachfolge in ihr Vermögen statt .... Einen neuen Schuldner erhält dieser (sc. andere Vertragsteil) nur in dem Sinne, in welchem auch der Gläubiger eines verstorbenen in der Person des Erben einen neuen Gläubiger erhält .... Nur wenn solche Rechtsverhältnisse in Frage stehen, die ihrer Natur nach oder kraft positiver Vorschrift (vergl. z. B. par. 613, 664) nicht auf den Erben übergehen, muß auch bei der Fusion ihre Beendigung als Folge der Fusion eintreten."; RGZ 136/316, aangehaald door H. Lorenz Veh, a.w., p. 20: ".. unerörtert bleiben könne, ob die nach gesetzlicher Vorschrift mit dem Tode des bisherigen Rechtsträgers erfolgende Beendigung eines Rechtsverhältnisses ohne weiteres auch für den Fall der Vollverschmelzung gelte."

129 J. Breit, *Fusion und Aktienrechtsreform*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 95e Band, 1931, p. 41-43. R. Schmitt, Die Fusion, insbesondere die Wirkungen der liquidationslosen Fusion nach Aktienrecht, Tübingen 1924, p. 38.

130 K. Dutti, *Auswirkungen der Fusion von Aktiengesellschaften auf bestehende Rechtsverhältnisse*, Keulen 1966, p. 7 en N. Rebel, *Erlöschen Rechtsverhältnisse bei Fusionen?*, München 1934, p. 38, alsmede H. Saacke, *Die Gesamtnachfolge bei der eigentlichen Fusion von Aktiengesellschaften*, Leipzig 1932, p. 25.

schap wel het geval is, plaatsvindt. Het vermogen gaat "onder algemene titel" over, bestemd om binnen de functionele eenheid van een andere, soms nieuwe rechtspersoon dienstbaar te zijn aan een soortgelijk of ander doel. Vanuit deze invalshoek bekeken, is het wenselijk de overgang onder algemene titel zo min mogelijk gepaard te laten gaan met wijziging of beëindiging van bestaande rechtsverhoudingen, of dat nu vermogensrechtelijke of niet-vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen zijn. Daar waar juist sprake is van rechtsverhoudingen die afhankelijk zijn van het voortbestaan van rechtspersonen, is wijziging of beëindiging wellicht wel geïndiceerd. Die rechtsverhoudingen kunnen moeilijk worden losgeweekt van de rechtspersoon waaraan zij verbonden zijn, zodat discontinuïteit in de sfeer van de rechtspersoon ook het voortbestaan van die rechtsverhouding ter discussie stelt.[131]

Fusie en (af)splitsing houden ook discontinuïteit in. Door fusie en zuivere splitsing wordt het bestaan van rechtspersonen immers beëindigd, terwijl voor afsplitsing vereist is dat structuurwijziging plaatsvindt. De wetgever heeft heel uitdrukkelijk gewild dat de overgang onder algemene titel op de een of andere manier gekoppeld is aan structuurwijziging. Vgl. nummer 5.4 hiervoor.

De aanwezigheid van beide elementen, continuïteit en discontinuïteit, kan zowel intern als extern spanningen oproepen. Hoe kijken we aan tegen de arbeidsovereenkomst van de bestuurder van een verdwijnende rechtspersoon, waarvoor geen plaats meer is in het bestuur van de verkrijgende rechtspersoon? Hoe kijken we aan tegen certificaten van aandelen in de door fusie of (af)splitsing verdwijnende rechtspersonen? Hoe gaan we om met een ter gelegenheid van een fusie verdwijnende vereniging, die namens haar leden overeenkomsten heeft gesloten? Volledige beantwoording van deze vragen gaan het bestek van dit preadvies te buiten. Ik volsta hier met te verwijzen naar de artt. 2:322/334r en naar een onderdeel van mijn proefschrift, waarin de uitgebreide Duitse literatuur en jurisprudentie over dit thema is besproken.[132]

5.7.4 Het abstracte karakter van de verkrijging krachtens fusie en (af)splitsing

De verkrijging onder algemene titel krachtens fusie of (af)splitsing is een verkrijging waaraan geen titel in de zin van art. 3:80 ten grondslag ligt, maar waarvan de geldigheid wel afhangt van de (on)aantastbaarheid van de daarvoor gevolgde procedure. Slechts op een limitatief aantal gronden kan de rechtshandeling - en dus ook het daarmee verbonden rechtsgevolg

131 N. Rebel, *Erlöschen Rechtsverhältnisse bei Fusionen?*, München 1934, p. 43-44.

132 Verstappen 1996, par. 6.12.

rechtsopvolging onder algemene titel - worden teruggedraaid. Voor vernietiging van een fusie en (af)splitsing is tussenkomst van de rechter vereist (zie de artt. 2:323 en 334u); slechts een beperkte groep van belanghebbenden is bevoegd de vernietiging bij de rechter te verzoeken gedurende een beperkte termijn van zes maanden na de nederlegging van de akte van fusie of (af)splitsing ten kantore van de openbare registers. Fusies en (af)splitsingen zijn nooit nietig. Daarom heeft de verkrijging van vermogen krachtens fusie of (af)splitsing, hoewel derivatief, een overwegend abstract karakter.[133]
Zoals bekend ligt aan ons stelsel van overdracht juist de causale verkrijgingsleer ten grondslag, in verband waarmee ons recht een genuanceerde regeling van derdenbescherming kent. Vanwege het verdwijnen van rechtspersonen bij fusie en zuivere splitsing, ligt daar de abstracte verkrijging voor de hand. Het terugdraaien van fusie en zuivere splitsing is – zeker als er enige tijd sinds de fusie of zuivere splitsing overheen is gegaan – een lastige aangelegenheid. Een en ander geldt minder voor afsplitsing, nu bij die verkrijging onder algemene titel de betrokken rechtspersonen blijven bestaan.
De in beginsel abstracte verkrijging maakt derdenbeschermingsregels betreffende handelingsonbevoegdheden of gebreken in de sfeer van de procedurevoorschriften inzake fusie en (af)splitsing in beginsel overbodig.

5.7.5 Fusie en (af)splitsing zijn rechtshandelingen, en wel beschikkingshandelingen

Fusie en (af)splitsing zijn rechtshandelingen met een tweeslachtig karakter. Daarmee wil ik aangeven, dat partijen met fusie en (af)splitsing zowel interne als externe wijzigingen beogen. Rechtspersonen houden op te bestaan ofwel wijzigen hun interne structuur, terwijl vermogen onder algemene titel overgaat. Mijns inziens voltrekt zich de overgang onder algemene titel niet van rechtswege, maar op grond van een rechtshandeling, die ik als een beschikkingshandeling van bijzondere aard beschouw. Fuserende en zich (af)splitsende rechtspersonen beogen met de rechtshandeling het rechtsgevolg dat de wet daaraan verbindt, evenals men bij levering ten titel van koop het door de wetgever daaraan gekoppelde rechtsgevolg overdracht, een wijze van rechtsverkrijging onder bijzondere titel, beoogt.

De woorden "van rechtswege" kunnen in dit kader gemakkelijk tot verwarring aanleiding geven. Het verbinden van rechtsgevolgen aan rechtsfeiten en rechtshandelingen kan men aanduiden als "van rechtswege".

[133] Vgl. over het abstracte karakter van fusie en (af)splitsing naar Duits recht Chr. Schmid, ZGR 1997, nr. 4, p. 502.

Het belangrijkste kenmerk van rechtsfeiten en rechtshandelingen is nu eenmaal dat daaraan door het recht rechtsgevolg verbonden wordt. Dit is de eerste betekenis van de woorden "van rechtswege". Met deze inhoud van het begrip "van rechtswege" kunnen we weinig aanvangen. Het heeft te weinig onderscheidend vermogen. Al hetgeen waaraan het recht rechtsgevolg verbindt, geschiedt immers "van rechtswege".[134] Met "van rechtswege" kan men echter ook iets anders bedoelen. Met "van rechtswege" kan men ook enkel bedoelen aan te geven dat het recht aan bepaalde rechtsfeiten rechtsgevolg verbindt, zonder dat daaraan een rechtshandeling ten grondslag ligt. Indien men deze inhoud geeft aan het begrip "van rechtswege", treedt opvolging onder algemene titel bij fusie of (af)splitsing juist *niet* "van rechtswege" in. Daarvan is wel sprake bij erfopvolging bij versterf. Men dient dus het door het recht toekennen van een bepaald rechtsgevolg aan een *rechtshandeling* te onderscheiden van het door het recht toekennen van een bepaald rechtsgevolg aan een *rechtsfeit*.[135] Indien men het door de wet toekennen van een rechtsgevolg aan een rechtsfeit beschouwt als iets dat *van rechtswege* plaatsvindt, dan vindt opvolging onder algemene titel bij fusie juist niet van rechtswege plaats. Zonder de *rechtshandeling* fusie of (af)splitsing is de overgang onder algemene titel immers ondenkbaar. Men kan ten slotte met "van rechtswege" ook nog bedoelen dat de voorschriften voor levering van goederen, van schuld- en contractsoverneming niet hoeven te worden nageleefd. Dan gebruikt men het begrip "van rechtswege" in een derde betekenis. Ik gebruik de term "van rechtswege" in de tweede hiervoor bedoelde zin, terwijl menig auteur deze term bezigt in de derde hiervoor aangeduide betekenis.

De reden waarom ik hierop nadruk leg is dat de term beschikkingshandeling beter aansluit bij de realiteit. De overgang onder algemene titel bij fusie en (af)splitsing is immers het gevolg van de wil van bij de fusie of (af)splitsing betrokken rechtspersonen. Zo resulteert de van

---

134 Vgl. ook MvA, Kamerstukken II 1981, 16 453, nr. 6, p. 6: "Vermelding van de woorden «van rechtswege» in de omschrijving zou de omschrijving in artikel 311 niet verduidelijken. De overgang vindt immers plaats ingevolge de akte van fusie. Uit de omschrijving blijkt dat door de akte van fusie het vermogen onder algemene titel overgaat. Invoeging van de woorden «van rechtswege» zou aan de duidelijkheid van de bepaling afbreuk doen.", alsmede de nota naar aanleiding van het eindverslag, Kamerstukken II 1981, 16 453, nr. 11, p. 6: "Dat ik deze woorden overbodig acht, steunt op de overweging dat deze woorden niets anders doen dan aan te geven dat de wet aan iets een gevolg verbindt, zonder daarvoor 's mensen toedoen te eisen. Nu artikel 309 in dit opzicht ondubbelzinnig is, zijn de woorden «van rechtswege» overbodig." Hier miskent de Minister, dat hetgeen de Minister "iets" noemt, een rechtshandeling is waarvoor 's mensen toedoen vereist is.

135 R. Schmitt, *Die Fusion*, insbesondere die Wirkungen der liquidationslosen Fusion nach Aktienrecht, Tübingen 1924, p. 69.

de wettelijke erfopvolging afwijkende uiterste wils*beschikking* ook in een overgang onder algemene titel op grond van een beschikking. Daarmee is het evenwel nog geen overdracht, nu die term is gereserveerd voor verkrijging onder bijzondere titel.[136]
Saacke[137] omschrijft één en ander als volgt:
"*es ist ein abstraktes, dingliches Rechtsgeschäft, das den Eintritt eines neuen Rechtsträgers durch Gesamtnachfolge bewirkt. Einen Namen hat ein derartiges Rechtsgeschäft nicht, wir können es aber als Parallelfall der Verfügung, als "Gesamtverfügung" bezeichnen. Dem Begriff als solchem kommt fast nur dogmatischer Wert zu, praktischer Wert nur in geringem Maße. Einerseits kommen bei der Gesamtverfügung die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte zur Anwendung, andererseits unterscheidet sie sich strengstens in ihren Folgen von der Verfügung, da sie den Regeln der Gesamtnachfolge unterliegt.*"
Beter kan ik het niet omschrijven. De rechtsopvolging onder algemene titel krachtens fusie of (af)splitsing is dus het gevolg van een bijzondere beschikkingshandeling.

5.8 Bescherming van schuldeisers en contractspartijen

5.8.1 Inleiding

Op twee punten wijkt de overgang van passiva onder algemene titel krachtens fusie of (af)splitsing fundamenteel af van de overgang van passiva, zoals die zich bij activa-passiva transacties voltrekt: voor de overgang van schulden of verbintenissen is, anders dan bij schuldoverneming als bedoeld in art. 6:155, geen toestemming vereist en voor de overgang van overeenkomsten is, anders dan bij contractsoverneming als bedoeld in art. 6:159, geen medewerking vereist.
Duidelijk is dat de wetgever de positie van schuldeisers en wederpartijen bij overeenkomsten op andere wijze moet beschermen. In het hierna

---

[136] Oorspronkelijk werd in art. 2 leden 2 en 3 van de ontwerp-Derde Richtlijn gesproken van overdracht van het vermogen. Van der Grinten heeft over de ontwerp tekst opgemerkt, dat het woord "transférer" minder gelukkig is vertaald in het woord "overdracht". "Transférer" heeft een ruimere inhoud dan het Nederlandse begrip "overdracht". In een latere officiële Nederlandse tekst van de gewijzigde ontwerprichtlijn, is het woord "overdracht" vervangen door "overgang". Toch geeft de term "overdracht", hoewel inderdaad niet passend in het systeem van ons vermogensrecht, beter weer dat het om een beschikkingshandeling gaat. W.C.L. van der Grinten, *De richtlijn voor juridische fusie*, Themanummer Het ontwerp - E.E.G. - richtlijn inzake fusies, NV 1971 (48), nr. 10-11, p. 178-179. Zie ook P.J. Dortmond, *De juridische fusie naar wordend recht*, preadvies Vereeniging Handelsrecht, Deventer 1980, p. 1.

[137] H. Saacke, *Die Gesamtnachfolge bei der eigentlichen Fusion von Aktiengesellschaften*, Leipzig 1932, p. 17.

volgende komen de in de wet neergelegde waarborgen voor schuldeisers het eerst aan bod, waarna nader ingegaan wordt op de bescherming van de positie van contractspartijen. Voor zover een schuldeiser ook wederpartij bij een overeenkomst is, geldt hetgeen hierna geschreven is over schuldeisersbescherming ook in zekere zin als bescherming van contractspartijen.

5.8.2 Bescherming van schuldeisers

Zowel bij fusie (art. 2:316) als bij (af)splitsing (art. 2:334l) heeft een schuldeiser verzetrecht. Zowel voor fusie als voor (af)splitsing geldt dat dit verzetrecht wordt toegekend indien een op grond van art. 2:316 lid 1 respectievelijk 334k verlangde waarborg niet is gegeven. De wet kent het verzetrecht aan een schuldeiser niet toe, indien de schuldeiser voldoende waarborgen heeft, of indien de vermogenstoestand na de fusie respectievelijk splitsing niet minder waarborg zal bieden dat de vordering wordt voldaan dan voordien het geval was, artt. 2:316 lid 1 en 334k.[138] Bij (af)splitsing geldt bovendien dat de wederpartij bij een overeenkomst eveneens verzetrecht toekomt, indien het voorstel ten aanzien van zijn rechtsverhouding met de betrokken rechtspersoon strijdt met het bepaalde in art. 2:334j.
Uit de gepubliceerde stukken kan de schuldeiser opmaken wat zijn positie is met het oog op het eventueel aantekenen van verzet. Het verzetrecht heeft niet alleen betrekking op de positie van schuldeisers die geld te vorderen hebben, maar op alle schuldeisers die een vorderingsrecht hebben.[139]
Opmerking verdient, dat waar schuld- en contractsoverneming tot uitgangspunt neemt dat het initiatief dient uit te gaan van de schuldenaar (die moet immers toestemming respectievelijk medewerking vragen), het verzetrecht bij fusie en (af)splitsing van het initiatief van de schuldeiser uitgaat

---

138 Van der Heijden-Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle 1992, nr. 410 en Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (De rechtspersoon), Zwolle 1997, nr. 170i. Vgl. ook M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonen*, De juridische fusie, aant. 2 sub 2A bij art. 2:316; G. van Solinge, 1994, p. 81. Vgl. M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonen*, De juridische fusie, aant. 5.a bij art. 2:309 en aant. 2B.a bij art. 2:316, die de schuldeiser geen verzetrecht toekent wanneer zijn positie ten opzichte van de verkrijgende rechtspersoon door en met de fusie geen wezenlijke verandering ondergaat, alsmede MvT, Kamerstukken II 1980/81, 16 453, nr. 3-4, p. 11: "De vennootschap behoeft alleen extra zekerheid te geven, wanneer de vermogenstoestand van de gezamenlijke fuserende vennootschappen niet voldoende waarborgen biedt voor voldoening van de schuld, terwijl de schuldeiser geen of onvoldoende andere waarborgen heeft."

139 Zulks kan onder meer worden afgeleid uit MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 14.

die, om zijn belangen voldoende gewaarborgd te zien, verzet moet aantekenen. In zoverre heeft de schuldeiser een nadeliger positie. Hij dient alert te zijn en er moet in de praktijk nogal wat aan de hand zijn om daadwerkelijk verzet aan te tekenen.

Opmerkelijk is verder dat de wetgever bij (af)splitsing meer aandacht heeft voor de positie van schuldeisers en contractspartijen dan bij de regeling van fusie. Bij (af)splitsing gaat de schuldeisersbescherming verder. Daar is alle reden voor, omdat anders bij (af)splitsing meer mogelijkheden zouden bestaan om schuldeisers te benadelen.[140] Een schuldeiser kan zich geconfronteerd zien met een nieuwe debiteur die slechts een gedeelte van het vermogen van de oorspronkelijke, gesplitste debiteur bezit.

Voor (af)splitsing geldt voorts dat, voor zover de verkrijgende rechtspersonen geen vennootschappen zijn, de waarde van hetgeen elke verkrijgende rechtspersoon verkrijgt ten tijde van de (af)splitsing ten minste nul moet zijn, dus niet negatief mag zijn. Een soortgelijke eis wordt gesteld voor het vermogen dat bij de voortbestaande gesplitste rechtspersoon achterblijft (art. 2:334d).[141] Voor de naamloze en besloten vennootschap geldt voorts nog de eis dat een accountant moet beoordelen of de ruilverhouding redelijk is (art. 2:334aa), dat moet worden voldaan aan de in art. 2:334w geformuleerde vermogensvereisten en er gelden natuurlijk de normale kapitaalbeschermingsregels (art. 2:334bb). Fusies en (af)splitsingen waarvoor een ruilverhouding moet worden vastgesteld, bevatten indirect ook waarborgen voor de positie van schuldeisers.

Daarnaast worden de belangen van schuldeisers ook gewaarborgd door de regeling van art. 2:334t: zowel de verkrijgende als de voortbestaande splitsende rechtspersoon zijn aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing. In geval van ondeelbare verbintenissen zijn zij voor het geheel aansprakelijk, in geval van deelbare verbintenissen is de rechtspersoon op wie de verbintenis is overgegaan of is blijven rusten voor het geheel aansprakelijk; voor elke andere rechtspersoon is de aansprakelijkheid beperkt tot aan de waarde van het vermogen dat hij bij de splitsing heeft verkregen. Die andere rechtspersonen hebben wel de bevoegdheid schuldeisers door te verwijzen naar de rechtspersoon op wie de schuld drukt. Geldschulden moeten onder de categorie deelbare schulden worden geschaard.

De regeling van art. 2:334t is beperkt tot de nakoming van verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing. Het gaat ook om schulden die ten tijde van de splitsing bestaan, ook al zijn ze nog niet opeisbaar. Art. 2:334t geldt evenwel niet voor schulden die nog niet zijn ontstaan, ook al bestaat ten tijde van de splitsing de rechtsverhouding waaruit

---

[140] Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 3.

[141] Zie de uitzondering op deze regel in art. 2:334b lid 7.

zij kunnen ontstaan.[142] Daarmee wordt ook het verschil duidelijk tussen de rechtspersoon die partij is bij de rechtsverhouding waaruit de schuld is ontstaan, en de rechtspersonen die ingevolge art. 2:334t aansprakelijk zijn: de eerste rechtspersoon zal ook aansprakelijk zijn voor de in de toekomst uit de rechtsverhouding voortvloeiende schulden.[143]

Buijn heeft de vraag opgeworpen of de regeling van verzetrecht voor schuldeisers op grond van art. 2:316 en 334l wel nuttig respectievelijk nodig is gelet op art. 2:334t.[144] Het antwoord moet bevestigend luiden indien men mag aannemen dat het verzetrecht ook in het leven is geroepen voor toekomstige schuldeisers uit ten tijde van de splitsing bestaande rechtsverhoudingen met de splitsende rechtspersoon, wier belangen in het geding zijn.[145] Ten slotte heeft het verzetrecht natuurlijk nog zin indien een wederpartij van een rechtsverhouding vindt dat het voorstel ten aanzien van zijn rechtsverhouding strijdt met art. 2:334j; dat wil zeggen indien de rechtsverhouding niet in haar geheel overgaat, terwijl de rechtsverhouding niet is verbonden met verschillende vermogensbestanddelen.
Rechtsverhoudingen mogen slechts in hun geheel overgaan. Deze regel geldt zowel voor schulden als voor rechtsverhoudingen als zodanig.[146] Het is niet de bedoeling dat schulden kunnen worden geknipt en verspreid over verschillende rechtspersonen.[147] Alleen in geval een rechtsverhouding is verbonden met verschillende vermogensbestanddelen die op verschillende verkrijgende rechtspersonen overgaan, mag zij worden gesplitst. Mogelijk is ook dat rechtsverhoudingen ongesplitst (onverdeeld) op meerdere rechtspersonen overgaan. Tenslotte geldt nog dat indien het gehele vermogen is gesplitst en niet duidelijk is aan welke rechtspersoon schulden worden toegedeeld, alle verkrijgende rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn (art. 2:334s).

In het hierna volgende zal ik enkele praktische problemen beschrijven die de schuldeisersbeschermingsregeling met zich brengen.
Stel, A BV gaat zich afsplitsen in B BV en C BV. A BV blijft daarbij voortbestaan. A BV heeft een zogenaamde bankhypotheek verleend aan de

142 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 10.
143 Vgl. M.P. van Achterberg, *Splitsing van rechtspersonen en de positie van de banken als schuldeisers en houders van zekerheden*, NV 1997, nr. 7/8, p. 192-193.
144 Buijn, preadvies 1996, p. 81, die de opgeworpen vraag overigens zelf al aan de hand van ook andere voorbeelden bevestigend beantwoordt.
145 Molenaar verdedigt dat het verzetrecht ook ingeroepen kan worden door voorwaardelijke schuldeisers, F. Molenaar, *Reactie*, WPNR 5973 (1990), met een naschrift in datzelfde nummer van Maatman en Spijkers.
146 MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 13.
147 MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 3.

X-Bank voor alle huidige en toekomstige schulden van A BV. Bij het splitsingsvoorstel zijn twee hypothecaire schulden toegedeeld: de ene kredietlening wordt aan B BV toegedeeld, de andere aan C BV. De vraag is voor welke schulden de hypothecaire zekerheid na de afsplitsing strekt:

1. voor de ten tijde van de afsplitsing bestaande schulden;
2. voor de na de afsplitsing ontstane schulden die betrekking hebben op ten tijde van de splitsing bestaande rechtsverhoudingen, zoals de twee kredietleningen;
3. voor toekomstige schulden die niet onder 1 of 2 vallen.

Over deze problematiek laat ik eerst de minister[148] aan het woord: "Voor wat betreft de juridische fusie mag men, zo zou ik menen, ervan uitgaan dat in beginsel de kredietverhouding of de bankrelatie als geheel complex van al dan niet toekomstige rechten en verplichtingen op de verkrijgende rechtspersoon overgaat. Met de overgang van de uit die rechtsverhouding voortvloeiende al dan niet toekomstige (mits op het tijdstip van executie voldoende bepaalbare) vorderingen, behoudt de bank in de regel de voor deze vorderingen verleende zekerheidsrechten pand, hypotheek en borg als accessoire (afhankelijke) rechten, tenzij blijkt dat deze door de oorspronkelijke partijen tot *persoonsgebonden* rechten zijn bestempeld. *Is er krachtens de overgegane kredietverhouding nog een bestedingsruimte*, en wordt daarvan na de juridische fusie gebruik gemaakt, dan zijn de verstrekte zekerheden in beginsel ook accessoir aan de rechten uit de dan ontstane vorderingen. *Het zekerheidsrecht kan worden beschouwd als een voorwaardelijk recht gebonden aan de vorderingen die zullen ontstaan uit de overgegane rechtsverhouding.* Dit uitgangspunt dient ook te gelden bij juridische splitsing. *Daarbij verdient aandacht dat het hierboven gezegde alleen geldt voor uit de overgegane rechtsverhouding voortvloeiende al dan niet toekomstige vorderingen, en niet zonder meer, zonder toestemming van de nieuwe partijen bij die verhouding, voor bijvoorbeeld na een fusie of splitsing overeengekomen limietverhogingen.* Met het bovenstaande moet ook rekening worden gehouden bij de toepassing van artikel 334t. Blijkens lid 1 gaat het in deze bepaling om de aansprakelijkheid tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing. Het 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. Zij vallen niet onder de (mede)aansprakelijkheid van de betrokken rechtspersonen zoals bedoeld in lid 3 van artikel 334t. Voor de in dit lid bedoelde mede-aansprakelijkheid van elke andere rechtspersoon, gelden niet de zekerheidsrechten die als accessoire rechten zijn verbonden aan de

[148] Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 9-10.

uit de kredietverhouding of bankrelatie voortvloeiende of nog voort te vloeien vorderingen. In de praktijk zullen banken bij een splitsingsoperatie vroegtijdig worden betrokken. Al naar gelang de situatie kunnen, indien daaraan gelet op het bovenstaande uitgangspunt nog behoefte is, met de betrokken partijen nadere financieringsarrangementen worden getroffen." (cursiveringen van mij, LV).

Uit de gecursiveerde gedeelten lijkt te volgen dat de minister zich verenigt met het door mij in mijn proefschrift[149] ingenomen standpunt: ingeval de schuldenaar zelf zekerheid heeft verschaft voor zijn toekomstige schulden, blijft deze zekerheidsverschaffing na fusie of (af)splitsing in stand, tenzij in de overeenkomst anders is bepaald of daaruit anders voortvloeit. Zekerheidsverschaffing voor toekomstige schulden van een persoon zal vaak afhankelijk zijn van één of meer kredietverhoudingen. Indien de kredietrelatie overgaat op een rechtspersoon en dus ook ten behoeve daarvan strekt, valt niet in te zien waarom de daarvan afhankelijke zekerheidsstelling zou ophouden te gelden voor de schulden die uit die kredietrelatie na de fusie of (af)splitsing ontstaan. Dat is in het algemeen anders wanneer het toekomstige schulden betreft die ten tijde van de fusie of (af)splitsing nog niet bestaan en ook niet voortvloeien uit een ten tijde van de fusie of (af)splitsing reeds bestaande rechtsverhouding, tenzij uit de overeenkomst waarbij de zekerheid werd verschaft (bijvoorbeeld een bank-hypotheek), valt af te leiden, dat die zekerheid ook voor schulden van de rechtsopvolger(s) van de schuldenaar wordt verleend.[150] Professionele kredietverstrekkers zullen met dit laatste niet snel akkoord gaan. In de door mij gegeven casus zou het betekenen dat de zekerheidsverschaffing blijft voortduren voor de schulden als bedoeld onder 1 en 2, maar niet voor de onder 3 genoemde schulden, tenzij zulks bij de zekerheidsverschaffing anders is bepaald.[151] Ook op dit punt ben ik evenwel van mening, dat de wetgever hieromtrent regels moet geven die de praktijk meer houvast bieden.

In het kader van de schuldeisersbescherming bestaat echter nog een ander lastig probleem. Stel, het gaat om derdenonderzetting: een derde heeft voor een schuld zakelijke of persoonlijke zekerheden verleend. Stel A BV gaat zich opsplitsen. A BV houdt op te bestaan; B BV en C BV ontstaan daarbij. X heeft zich borg gesteld ten behoeve van Y voor de nakoming van een schuld van A BV, de hoofdschuldenaar, aan Y. De schuld wordt toegedeeld

149 Verstappen 1996, par. 6.6.
150 Verstappen 1996, par. 6.6.
151 Vgl. ook: P. van Schilfgaarde, WPNR 6235 (1996), p. 627, M.P. van Achterberg, *De naamloze vennootschap 1997*, nr. 7/8, p. 193-194.

aan B BV. B BV heeft evenwel een aanzienlijk slechtere financiële positie dan C BV. Wat is de positie van X? Heeft hij verzetrecht?
De Europese wetgever heeft de lidstaten vrij gelaten in de nadere uitwerking van het verzetrecht van schuldeisers. De wetgever heeft afgewezen het verzetrecht enkel te beperken tot schuldeisers wier vorderingen vóór de openbaarmaking van het voorstel tot fusie/(af)splitsing zijn ontstaan en toen nog niet opeisbaar waren.[152] Bij de invoering van fusie voor verenigingen en stichtingen in 1987, is door de minister het verzetrecht van andere belanghebbenden dan crediteuren echter geschrapt.[153] X heeft dus geen verzetrecht als belanghebbende, omdat belanghebbenden die niet tevens schuldeiser zijn, geen verzetrecht hebben.
X heeft in ieder geval een indirect belang bij de splitsing. Het lastige van deze casus is - zoals uit het voorgaande is gebleken - dat de borg (vooralsnog) geen schuldeiser van A BV, B BV of C BV is. Dat wordt hij pas indien hij door Y, de schuldeiser, wordt aangesproken en door betaling subrogeert. In geval van fusie kan een soortgelijke casus worden bedacht.[154]
Verschillende oplossingen zijn nu denkbaar. Raaijmakers[155] vindt dat de borgtocht principieel in stand blijft, maar dat wellicht een beroep op art. 2:322/334r mogelijk is. Tegen deze opvatting kan worden aangevoerd dat art. 2:322/334r niet toepasselijk zal zijn nu de zich splitsende rechtspersoon-hoofdschuldenaar geen partij bij de overeenkomst van borgtocht is en de borg zelf geen partij is bij de overeenkomst waaruit de hoofdverplichting voortvloeit.[156]
Maatman en Spijkers[157] zijn van oordeel, dat bij een overeenkomst van borgstelling de bedoeling van partijen in de regel zal zijn de borgtocht te doen voortbestaan wanneer de hoofdschuldenaar een juridische fusie aangaat, tenzij uit de overeenkomst het tegendeel blijkt. Mutatis mutandis zou hun opvatting ook op splitsing toepasselijk moeten zijn. De borg zou deze veronderstelling kunnen weerleggen als hij een drietal dingen aannemelijk kan maken:

- bij het aangaan van de borgtocht is voor de borg niet de werkzaamheid, maar de persoon van de hoofdschuldenaar van doorslaggevende betekenis;

---

152 MvT, Kamerstukken II 1980/81, 16 453, nr. 3-4, p. 11.
153 MvA, Kamerstukken II 1985/86, 18 285, nr. 6, p. 11.
154 Verstappen 1996, par. 6.5.
155 M.J.G.C. Raaijmakers, Rechtspersonen, De juridische fusie, aant. 7.e bij art. 2: 309 en aant. 2B bij art. 2:316.
156 De fuserende rechtspersoon-hoofdschuldenaar hoeft zelfs niets af te weten van de borgstelling, zie art. 7:850 lid 2.
157 R.H. Maatman en P.A.W.M. Spijkers, *Juridische fusie en borgtocht*, WPNR 5936 (1989).

- de overeenkomst van borgtocht is weliswaar gesloten met het oog op de werkzaamheid van de hoofdschuldenaar, doch de werkzaamheid van de verkrijgende rechtspersoon wijkt in aanmerkelijke mate af van die van de verdwijnende rechtspersoon;
- de werkzaamheid van de verkrijgende rechtspersoon is weliswaar gelijk aan die van de verdwijnende rechtspersoon, doch de solvabiliteit van de verkrijgende rechtspersoon is ten tijde van de fusie/splitsing zodanig slechter, dat aangenomen moet worden dat de borg niet de bedoeling kan hebben gehad ook voor de verkrijgende rechtspersoon borg te staan.

In de literatuur is als reactie op de opvatting van Maatman en Spijkers betoogd, dat hun opvatting in strijd is met (het systeem van) de wet.[158] Molenaar stelt voorop dat de borg schuldeiser van de hoofdschuldenaar is indien hij wordt aangesproken door degene te wiens behoeve de borgstelling is afgegeven. Of hij wordt aangesproken uit hoofde van de borgstelling is vooralsnog onzeker. Daarom dient hij te worden aangemerkt als *voorwaardelijk* schuldeiser die op de voet van art. 2:316 lid 2 verzet kan aantekenen tegen de fusie en voor zijn positie waarborg kan verlangen.[159] Nu geen sprake is van een ten tijde van de splitsing bestaande verbintenis, heeft de borg ook geen baat bij de hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 2:334t.

Van Schilfgaarde verkondigt het standpunt, dat de borgtocht teniet gaat naar analogie van art. 6:157 lid 2.[160] Hij verwijst de schuldeiser naar de verzetregeling.

Ik zou willen aannemen dat borgtocht bij splitsing in beginsel blijft voortbestaan, echter - wanneer de borgtocht ook voor toekomstige schulden is verstrekt - alleen voor die verbintenissen die ten tijde van de splitsing reeds bestonden of voortvloeien uit een ten tijde van de splitsing reeds bestaande rechtsverhouding.[161] Deze opvatting strookt met art. 7:851 lid 2, waarin is bepaald dat borgtocht slechts voor toekomstige verbintenissen van de hoofdschuldenaar kan worden aangegaan voor zover zij voldoende bepaalbaar zijn. Maar van schulden die na de splitsing ontstaan, kan niet meer gezegd worden dat dat schulden zijn van dezelfde hoofdschuldenaar, nu die door splitsing is opgehouden te bestaan, tenzij het verbintenissen betreft die ten tijde van de fusie reeds bestonden of voortvloeien uit een ten tijde van de splitsing reeds bestaande rechtsverhouding.

---

158 Zie de kritiek daarop van F. Molenaar, *Reactie*, WPNR 5973 (1990), met een naschrift in datzelfde nummer van Maatman en Spijkers.

159 Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, *De rechtspersoon*, Zwolle 1997, nr. 170i.

160 P. van Schilfgaarde, *Juridische fusie en borgtocht*, rechtsvraagbeantwoording, WPNR 6235 (1996), p. 627.

161 HR 24 okt. 1980, NJ 1981, 265 en HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615.

Met Maatman en Spijkers moet worden aangenomen, dat de overeenkomst van borgstelling in de regel blijft voortbestaan indien de debiteur fuseert of zich splitst, tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit. De toetsingscriteria die zij aandragen kunnen inderdaad mede bepalend zijn voor de beantwoording van deze vraag. De oplossing van Molenaar kan echter eveneens worden toegepast. Beide opvattingen sluiten elkaar dus niet uit; zij zijn van verschillende aard en vullen elkaar aan.
Ten slotte kan de borg altijd een beroep doen op de redelijkheid en billijkheid, zie art. 7:865 jo. 6:2.[162] Verdedigbaar is, dat bij een beroep op de borg in geval van niet betaling van de hoofdschuld door de schuldenaar, de borg aan de schuldeiser zou kunnen tegenwerpen dat hij als schuldeiser bij de fusie van de schuldenaar heeft nagelaten verzet aan te tekenen.[163] Werden door de hoofdschuldenaar zekerheden verschaft, dan kan de borg daarin, na betaling aan de schuldeiser, subrogeren.
De opvatting van Van Schilfgaarde onderschrijf ik niet. De regeling van schuld- en contractsoverneming is nu eenmaal juist niet van toepassing op rechtsopvolging onder algemene titel.[164] Analoge toepassing ligt dan ook niet voor de hand.
Het bovenstaande is mutatis mutandis ook van toepassing op persoonlijke zekerheidsverschaffing in de vorm van hoofdelijkheid.
Ook voor deze problematiek van zekerheidstelling door derden zou het vanuit een oogpunt van rechtszekerheid wenselijk zijn dat de wetgever aangeeft wat rechtens is, zoals hij dat ook gedaan heeft voor schuld en contractsoverneming, zie art. 6:157 lid 2 jo. 159.

Hoewel de regeling het mogelijk maakt dat in staat van faillissement of surseance verkerende rechtspersonen zich kunnen splitsen met het oog op bijvoorbeeld een doorstart (zie art. 2:334b lid 7), zal de regeling inzake de bescherming van schuldeisers onoverkomelijke barrières opwerpen.[165] Indien het uit maatschappelijk oogpunt wenselijk is, dat de rechtsfiguur van afsplitsing toegepast wordt met het oog op de doorstart van gezonde bedrijfsonderdelen in geval van faillissement of surseance van betaling, dan zal de huidige wettelijke regeling moeten worden aangepast. Ik voel wel voor de oplossing dat in die situatie de rechter de overnemende partij kan ontslaan van de door de afsplitsing in het leven geroepen aansprakelijkheid. Of een dergelijke uitzondering gerechtvaardigd is, zal zozeer afhangen van

---

162 G. van Solinge 1994, p. 68-69.
163 M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonen*, De juridische fusie, aant. 5.a bij art. 2: 309 en aant. 2B bij art. 2:316.
164 MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 12.
165 Vgl. J.A.M. ten Berg, *Splitsing van vennootschappen*, TVVS 1996, nr. 10, p. 269.

de omstandigheden van het geval, dat algemene wettelijke regels zich niet laten opstellen. Dan is het goed dat de rechter maatwerk kan leveren.
Men realisere zich echter dat het vooral deze elementen in de splitsingsregeling zijn die het contracteren met een rechtspersoon in het licht van de contractsvrijheid een geheel ander dimensie verschaffen dan het contracteren met een natuurlijke persoon.

5.8.3 Bescherming van wederpartijen bij overeenkomsten

Bij fusie en (af)splitsing hebben contractspartijen, naast de hiervoor onder 5.8.2 genoemde bepalingen die op schuldeisersbescherming zien, de mogelijkheid om op grond van art. 2:322 respectievelijk art. 334r overeenkomsten door de rechter te laten wijzigen of te ontbinden. Oorspronkelijk was het ook de bedoeling cliënten-belanghebbenden verzetrecht toe te kennen, maar dat is naderhand uit het wetsvoorstel fusie gehaald uit vrees voor dwarsliggers die maatschappelijk wenselijke fusies gedurende langere tijd zouden kunnen blokkeren.[166] De enige manier waarop belanghebbenden zich nog kunnen verzetten tegen een voorgenomen fusie of (af)splitsing, is via de organen van de rechtspersoon in het kader van de besluitvorming over de fusie of (af)splitsing, als belanghebbende in de procedure ter verkrijging van goedkeuring voor de fusie of (af)splitsing van een stichting, art. 2:317 lid 5 respectievelijk 334m lid 5[167] en ten slotte als belanghebbende die op grond van art. 2:323 lid 2 respectievelijk 334u lid 2 vernietiging van de fusie respectievelijk de splitsing kan vorderen.
De regel van de artt. 2:322 en 334r ligt in het verlengde en is een bijzondere uitwerking van de imprévision-regel van art. 6:258, die zelf weer een bijzondere uitwerking is van de (beperkende en aanvullende werking van de)

166 Wetsontwerp 18 285 kende in art. 316 lid 2 (oud) de bepaling: "Het recht van verzet komt ook toe aan ieder dergenen wier belang de te fuseren rechtspersoon blijkens de statuten dient, als er reden is aan te nemen dat de fusie strijdig is met dat belang." Hiertegen zijn door Van Solinge bezwaren geopperd; A.G. van Solinge, *Regeling van de fusie van verenigingen en stichtingen*, NV 1984 (63), p. 139; naar aanleiding van de tegen dit verzetrecht van belanghebbenden gerezen bezwaren, schrapte de minister dit verzetrecht, MvA, Kamerstukken II 1983/84, 18 285, nr. 6, p. 10-11. Vgl. T.J. van der Ploeg e.a., *Van Vereniging, coöperatie en stichting*, Arnhem 1991, nr. 12.8, p. 222. Zie ook voor een voorbeeld van een niet financieel belang bij een fusie Pres rb. 16 september 1987, KG 1987, 431.

167 Zie HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149; in dit arrest maakte de Hoge Raad uit dat een belanghebbende een persoon is die behoort tot de kring van de bij een stichting betrokkenen, zoals een oprichter of iemand die ten tijde van de totstandkoming van het fusiebesluit deel uitmaakt van een van de organen van de stichting; anderen kunnen slechts als belanghebbende in de zin van art. 429n lid 2 Rv hoger beroep tegen een goedkeuringsbeschikking instellen wanneer de goedkeuring van het fusiebesluit zou leiden tot een specifiek en concreet nadeel voor hen in hun betrekking tot de stichting.

redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 en art. 248.[168] Ook hier zien we dat het uitgangspunt van de wetgever is dat het initiatief bij de wederpartij ligt. De artt. 2:322 en 334r strekken tot bescherming van de wederpartij van de bij de fusie betrokken rechtspersonen.[169]
Volgens Van der Grinten derogeert art. 2:322 (en dus ook art. 2:334r) niet aan art. 6:258.[170] Raaijmakers[171] nuanceert. Hij vindt dat met de voorziening van art. 2:322/334r niet de bevoegdheid om op basis van art. 6:258 een vordering in te stellen vervalt, maar dat in deze procedure de fusie als zodanig niet meer als een onvoorziene omstandigheid zal kunnen worden aangemerkt. Het stelsel der wet, meer in het bijzonder de korte termijn van zes maanden waarbinnen de vordering moet worden ingesteld, zou zich daartegen verzetten.

Tussen art. 6:258 lid 1 en art. 2:322/334r zijn de volgende verschillen te onderkennen:

- de termijn waarbinnen men zich moet beroepen op deze bevoegdheid is bij art. 2:322/334r zes maanden na de nederlegging van de akte van fusie/(af)splitsing bij het handelsregister (art. 2:322 lid 2/334r lid 2). Voor art. 6:258 geldt geen termijn;
- art. 6:258 is in art. 6:260 nader uitgewerkt;
- art. 2:322/334r knoopt aan bij de fusie/(af)splitsing als omstandigheid op grond waarvan een overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven, art. 6:258 knoopt aan bij "onvoorziene omstandigheden" in het algemeen. Dat im-

---

168 MvT, Kamerstukken II 1980/81, 16 453, nr. 3, p. 13-14: "Het kan zich voordoen dat ten gevolge van de fusie op de verkrijgende vennootschap verbintenissen overgaan die niet verenigbaar zijn met verbintenissen die deze vennootschap eerder had aangegaan of van een andere met haar fuserende vennootschap overneemt. Bij voorbeeld in het geval dat twee van de bij de fusie betrokken vennootschappen marktverdelingsafspraken hebben met dezelfde fabrikant voor een bepaald produkt en deze afspraken onderling niet verenigbaar zijn. Ook kan onder omstandigheden een verbintenis, met name om iets niet te doen, de verkrijgende vennootschap onredelijk veel zwaarder belasten dan voordien de verdwijnende vennootschap. Bij de voorbereiding van de fusie zal daaraan aandacht moeten worden geschonken en zal moeten worden nagegaan of die afspraken kunnen worden gewijzigd. Zou dit evenwel niet gelukken, dan behoeft de fusie daarop niet af te springen. De verkrijgende vennootschap kan na de fusie het geschil voor de rechter brengen en deze kan wijziging brengen in de verbintenis of deze beëindigen. Het spreekt vanzelf, dat de wederpartij die hierdoor schade lijdt, daarvoor vergoeding kan verlangen. De bepaling kan in dergelijke gevallen het doorgaan van een fusie bevorderen."

169 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 2.

170 Van der Heijden-Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle 1992, nr. 420.

171 M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonen*, De juridische fusie, aant. 5.a bij art. 2: 309 en aant. 2.f bij art. 2:322.

pliceert dat fusie/(af)splitsing als zodanig niet onvoorzien hoeft te zijn voor de toepassing van art. 2:322 lid 2/334r lid 2;

- voor de toepassing van art. 2:322/334r is vereist dat "ten gevolge van" de fusie/(af)splitsing een overeenkomst van een fuserende/(af)splitsende rechtspersoon "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet ongewijzigd in stand behoort te blijven; art. 6:258 kent een iets ander criterium: "op grond van" onvoorziene omstandigheden mag ongewijzigde instandhouding niet verwacht worden;
- art. 2:322/334r bevat de norm "niet ongewijzigd in stand behoort te blijven", terwijl art. 6:258 de norm bevat "niet mag verwachten" De eerste norm is meer objectief geformuleerd, de tweede norm meer subjectief, vanuit het verwachtingspatroon van de betrokken partij;
- art. 2:322/334r kent slechts voor de wederpartij van de bij een fusie/(af)splitsing betrokken rechtspersoon de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen. Art. 6:260 maakt het mogelijk dat de rechter voorwaarden verbindt aan de wijziging of de ontbinding, waaronder de voorwaarde schadeloosstelling te betalen. Dat is niet beperkt tot de wederpartij.

Uit het hiervoor gaande volgt dat beide bepalingen wel nagenoeg hetzelfde rechtsgevolg kennen: de bevoegdheid om bij de rechter wijziging of ontbinding van de overeenkomst te vorderen. De criteria die de rechter vervolgens moet hanteren, vertonen weliswaar grote overeenkomsten, doch verschillen op onderscheiden punten.
Ik merk op dat het bijzondere van (af)splitsing - meer nog dan bij fusie - is, dat de splitsende rechtspersoon het in zekere zin zelf in de hand heeft of er conflicterende rechtsposities (kunnen) ontstaan die nopen tot het in stelling brengen van art. 2:322/334r. De uitvoering van rechtsverhoudingen (overeenkomsten) kan in het gedrang komen door de wijze waarop het vermogen wordt toegedeeld aan de verkrijgende rechtspersonen. Als een splitsende BV de contracten met bepaalde afnemers in A BV afsplitst en de productie in B BV, dan kan toch moeilijk worden volgehouden dat A BV, daartoe aangesproken door afnemers, met succes een beroep zou kunnen doen op art. 2:322/334r ter afwending van een vordering tot nakoming van de leveranciersovereenkomsten, met als argument dat men ten gevolge van de splitsing niet meer de beschikking heeft over de productie?
Dit voorbeeld wordt, als ik het goed zie, niet bestreken door art. 2:334j, nu de rechtsverhouding als zodanig niet wordt gesplitst, maar in een andere rechtspersoon terecht komt dan waarin de daarmee verbonden vermogensbestanddelen terecht komen.

Ik meen dat Raaijmakers in beginsel het gelijk aan zijn zijde heeft. Uitdrukkelijk is in de memorie van antwoord[172] overwogen, dat de vervaltermijn is gesteld op een half jaar om de partijen ertoe te brengen voordien "te kiezen of te delen". Ter vermijding van langdurige onzekerheid over het lot van zo'n overeenkomst is gekozen voor een korte vervaltermijn.[173] Men kan daarbij echter de kanttekening plaatsen, dat art. 2:322 reeds veel eerder dan art. 6:258 werd ingevoerd, zodat wellicht de latere algemene bepaling hier toch voorgaat op de eerdere bijzondere bepaling. Daarbij dient te worden aangetekend dat toepassing van art. 6:258 op fusie en (af)splitsing veronderstelt, dat het intreden van de fusie als onvoorziene omstandigheid niet in de overeenkomst is *verdisconteerd*.[174] Fusie en (af)splitsing zijn eerder dan het overlijden van natuurlijke personen aan te merken als een niet in een overeenkomst verdisconteerde omstandigheid. Zie ook art. 6:258 lid 3. Natuurlijke personen zullen immers altijd ooit overlijden, terwijl dit van rechtspersonen niet gezegd kan worden: fusie en (af)splitsing zijn geen gebeurtenissen die bij rechtspersonen zeker zullen plaatsvinden.

Indien fusie en (af)splitsing niet vallen te kwalificeren als een onvoorziene, in de zin van een niet in de overeenkomst verdisconteerde, omstandigheid komt art. 6:258 niet voor toepassing in aanmerking. Voor de toepassing van art. 2:322/334r hoeft echter niet te worden aangetoond dat fusie of (af)splitsing onvoorzien waren. Als een beroep op beide bepalingen mogelijk is, dan zal een vordering op grond van art. 6:258 met een beroep op fusie of (af)splitsing als onvoorziene omstandigheid dus enkel mogelijk zijn binnen de korte vervaltermijn van zes maanden.[175]

Overigens vind ik dat de redenering van de wetgever niet overtuigt en mede daarom de in de wet opgenomen vervaltermijn van zes maanden niet rechtvaardigt. De onzekerheid die art. 2:322/334r in het leven roept, strekt met name tot bescherming van de wederpartij die zich geconfronteerd ziet met een andere rechtspersoon als contractspartij. Het is heel goed denkbaar dat de gevolgen daarvan zich pas op wat langere termijn in volle omvang openbaren. Indien de wederpartij niet binnen die korte termijn van zes maanden actie onderneemt, keert de regel zich juist tegen hem. De algemene imprévision-regel van art. 6:258, die geen vervaltermijn kent, brengt naar mijn mening net zoveel onzekerheid met zich als de specifieke impré-

---

172 MvA, Kamerstukken II 1981, 16 453, nr. 6, p. 14.

173 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p. 2.

174 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 973, zie ook Jac. Hijma, Het constitutieve wijzigingsvonnis, oratie Leiden, Deventer 1989, p. 16-17.

175 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 702, nr. 6, p.2: "Deze speciale regeling betreft alleen de verandering die ten gevolge van de splitsing optreedt en laat onverlet een vordering wegens onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 op grond van een ander feitencomplex."

vision-regel van 2:322/334r. In de tussenkomst van de rechter zijn voldoende waarborgen gelegen om in voorkomende gevallen tot rechtvaardige oplossingen te komen. De onzekerheid die het onbeperkt kunnen inroepen van deze regel met zich zou brengen moet ook vanuit dit oogpunt sterk worden gerelativeerd. De termijn van zes maanden voor het instellen van de vordering mag wat mij betreft dan ook komen te vervallen. Indien de termijn vervalt, kunnen mijns inziens beide bepalingen (artt. 2:322/334r) komen te vervallen. Afgezien van het gegeven dat de wetgever aangeeft dat de fusie/(af)splitsing een onvoorziene omstandigheid is, voegen de artt. 2:322/334r vrijwel niets toe aan wat art. 6:258 ook al mogelijk maakt.

Ik meen voorts dat naast de imprévision-regel van art. 2:322/334r en 6:258, ook de beperkende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 jo. 248) toegepast kunnen worden. Volgens de parlementaire geschiedenis dient art. 6:258 als lex specialis van art. 6:248 te worden beschouwd.[176] Een beroep op art. 6:248 moet afgewezen worden indien degene die zich daarop beroept zonder goede reden de weg van art. 6:258 onbenut laat. Zolang is geen sprake van onaanvaardbaarheid van de toepassing van de betreffende, tussen partijen geldende regel. Wijziging of ontbinding van een overeenkomst op grond van art. 6:258 kan slechts tot stand komen door een constitutief oordeel van de rechter. Daardoor kan rekening worden gehouden met de belangen van derden.
Hijma[177] betoogt dat art. 6:258 op de beperkende en aanvullende werking van art. 6:2 en 248 geen lex specialis is, maar een lex suppleta, een aanvullende regel. Van Duijvendijk-Brand meent dat voor de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ten opzichte van de imprévision-regel hooguit een tweede plaats is weggelegd.[178] Toepassing van art. 6:258 veronderstelt dat het intreden van de onvoorziene omstandigheden niet in de overeenkomst is *verdisconteerd*.[179] Hartkamp heeft recentelijk nog betoogd dat de toepasselijkheid van art. 6:258 een beroep op art. 6:248 niet hoeft uit te sluiten.[180] In de eerste plaats is het rechtsgevolg van art. 6:248 lid 2 niet-toepasselijkheid van een uit een overeenkomst voortvloeiende regel, terwijl het rechtsgevolg van

176 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 973-974.

177 J. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis*, oratie Leiden, Deventer 1989, p. 16-17.

178 Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict, preadviezen Koninklijke Notariële Broederschap 1994, door T.R. Hidma en J. van Duijvendijk-Brand, met een inleiding van M.J.A. van Mourik, *Lelystad 1994*, p. 141.

179 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 968, 973-974 en 979.

180 Vgl. A.S. Hartkamp, *De verhouding tussen de artt. 6:248 en art. 6:258 BW*, WPNR 6404 (2000), p. 395-396, mede naar aanleiding van HR 25 juni 1999, NJ 1999 602 (Vereniging voor de Effectenhandel/ CSM), besproken door Raaijmakers in AA 1999, p. 746 e.v.

toepasselijkheid van art. 6:258 wijziging of ontbinding van de betreffende overeenkomst is. In de tweede plaats heeft de rechter bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 niet de beschikking over de in art. 6:260 vermelde bevoegdheden. Ik sluit mij bij Hartkamp aan. De ene regel hoeft de andere niet uit te sluiten.

5.9 (Af)splitsing nader beschouwd

5.9.1 Inleiding

Uit het voorgaande volgt dat de figuur van (af)splitsing een novum inhoudt ten opzichte van alle andere vormen van rechtsopvolging onder algemene titel die bij de invoering van (af)splitsing reeds bestonden. Nieuw is dat hetgeen onder algemene titel wordt verkregen, dient te worden beschreven. Anders dan bij erfopvolging, boedelmenging en fusie, is zonder nadere rechtshandeling, zoals het opstellen van een beschrijving, niet duidelijk wat precies onder algemene titel overgaat.[181] Wat dit aspect aangaat, kan de rechtsopvolging onder algemene titel die zich bij (af)splitsing voltrekt, worden vergeleken met de bepaaldheidseis bij overdracht (art. 3:84 lid 2).
Ik heb in mijn proefschrift[182] betoogd, dat het *denkbaar* zou zijn geweest dat de wetgever, aansluitende bij de bestaande rechtsfiguren levering, schuld- en contractsoverneming, de overgang bij splitsing aldus construeert dat het gehele vermogen in gemeenschap wordt overgedragen aan de verkrijgende rechtspersonen, waarna de verkrijgende rechtspersonen de aldus verkregen goederen volgens een vooraf vastgelegd plan van verdeling leveren en de schulden en overeenkomsten eveneens volgens dat plan overnemen met toestemming en medewerking van wederpartijen. De wetgever heeft evenwel, overigens op goede gronden, de systematiek gekozen de overgang naar de vennootschappen waaraan de goederen en de schulden zijn toegedeeld direct te laten plaatsvinden, zonder dat levering, schuld- dan wel contractsoverneming is vereist.
Voorts heb ik in mijn proefschrift betoogd dat een dergelijke verkrijging niet past in de omschrijving die ik van rechtsopvolging onder algemene titel had opgesteld. Juist omdat voor (af)splitsing vereist is dat aangegeven wordt hoe de vermogensbestanddelen worden verdeeld over de verkrijgende rechtspersonen, vond ik het een rechtverkrijging onder bijzondere titel. Voor de invoering van (af)splitsing hadden immers alle wijzen van opvolging onder algemene titel gemeen, dat niet hoefde te worden gespecificeerd welke goederen onder algemene titel overgaan. Het

---

[181] Vgl. ook L. Fuhrmann en S. Simon, *Praktische Probleme der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung*, Die Aktiengesellschaft 2000, nr. 2, p. 53, rechter kolom.

[182] Verstappen 1996, p. 33-34.

is op dit punt gegaan zoals de beroemde woorden van Von Kirchmann: "drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur".
Nu de wetgever de overgang van vermogen bij (af)splitsing expressis verbis bestempelt als een vorm van verkrijging onder algemene titel, buig ik diep en pas mijn omschrijving aan:
"Opvolging onder algemene titel is de opvolging in of de verkrijging van goederen, schulden en/of rechtsbetrekkingen, welke opvolging of verkrijging gebaseerd is op één titel, de rechtsgrond of rechtvaardiging voor de opvolging of de verkrijging, zonder dat voor de verkrijging van de afzonderlijke goederen, schulden en/of rechtsbetrekkingen levering, schuld- dan wel contractsoverneming is vereist".
Wie deze omschrijving vergelijkt met de omschrijving die ik heb opgesteld in mijn proefschrift[183], zal ontdekken dat de woorden "een onbepaald aantal" zijn weggehaald.[184]
Opmerking verdient ten slotte dat, hoewel ook de wetgever vindt dat duidelijke verschillen te onderkennen zijn tussen enerzijds zuivere splitsing en anderzijds afsplitsing, hij geen reden ziet voor een verschillende behandeling van deze rechtsfiguren.[185] Deze benadering is echter meer pragmatisch dan logisch. Het is zeer wel verdedigbaar rechtsopvolging onder algemene titel waarbij rechtspersonen hun bestaan beëindigen anders te behandelen dan rechtsopvolging onder algemene titel waarbij dat niet het geval is, zoals in geval van afsplitsing.

5.9.2 De beschrijving bij (af)splitsing

Centraal bij (af)splitsing staat het antwoord op de vraag welke goederen, schulden en rechtsverhoudingen onder algemene titel overgaan op de verkrijgende rechtsperso(o)n(en) en welke vermogensbestanddelen in geval van afsplitsing bij de voortbestaande rechtspersoon blijven.
De wet bepaalt dienaangaande, dat het splitsingsvoorstel een beschrijving moet bevatten aan de hand waarvan nauwkeurig[186] kan worden bepaald welke vermogensbestanddelen van de splitsende rechtspersoon zullen overgaan op elk van de verkrijgende rechtspersonen en, indien niet het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon zal overgaan, welke vermogensbestanddelen door hem zullen worden behouden, alsmede een pro-forma winst- en verliesrekening dan wel exploitatierekening van de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande zich splitsende

---

183 Verstappen 1996, p. 77-78.
184 A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Band II, Leipzig 1886, p. 535.
185 Zie MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 3.
186 Vgl. ook art. 3 lid 2 letter h Zesde Richtlijn.

rechtspersoon (art. 2:334f lid 2 letter d), alsmede een waardering (zie art. 2:334f lid 2 letter e). Tevens dient het splitsingsvoorstel te vermelden of het gehele vermogen van de zich splitsende rechtspersoon zal overgaan of slechts een gedeelte daarvan. In verband hiermee staat ook de regel van art. 2:334s: als aan de hand van de beschrijving niet duidelijk is welke rechtspersoon na splitsing rechthebbende op een vermogensbestanddeel is, geldt:

- indien het gehele vermogen is overgegaan (met name bij zuivere splitsing) zijn de verkrijgende rechtspersonen gezamenlijk rechthebbende, elke rechtspersoon naar evenredigheid van de waarde van het deel van het vermogen dat op hem is overgegaan;
- indien niet het gehele vermogen is overgegaan (bij afsplitsing), is de gesplitste rechtspersoon rechthebbende.

Blijkens de memorie van toelichting wordt met het voorschrift van art. 2:334s beoogd een regeling te geven, niet alleen voor de bij vergissing niet op de beschrijving voorkomende vermogensbestanddelen, maar ook voor de ten tijde van het maken van het splitsingsvoorstel niet bekende vermogensbestanddelen.[187]
Deze regeling kan als vangnet worden beschouwd. Aldus wordt voorkomen dat vermogensbestanddelen zweven, niet ergens kunnen worden ondergebracht. De regeling is voorts van regelend recht: in het splitsingsvoorstel kunnen hiervan afwijkende regelingen worden opgenomen.[188] Een duidelijk voorbeeld van wat ik het "Zuordnungsprincip"[189] heb genoemd: goederen moeten aan rechtssubjecten toebehoren en voor schulden moeten rechtssubjecten kunnen worden aangesproken, anders werkt het recht niet.
Uitgangspunt is dat de zich (af)splitsende rechtspersoon in beginsel vrij is in het samenstellen van de pakketten vermogensbestanddelen die op de verkrijgende rechtspersonen overgaan. Deze vrijheid wordt begrensd door art. 2:334d, waarin is bepaald dat voor zover de verkrijgende rechtspersonen geen vennootschappen zijn, de waarde van hetgeen elke verkrijgende rechtspersoon verkrijgt ten tijde van de (af)splitsing ten minste nul moet zijn. Een soortgelijke eis wordt gesteld voor het vermogen dat bij de voortbestaande gesplitste rechtspersoon achter blijft (art. 2:334d). Voor de besloten en naamloze vennootschap gelden voorts nog de in art. 2:334w geformuleerde vermogensvereisten en natuurlijk de normale kapitaalbeschermingsregels (art. 2:334bb).

---

187 MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 17-18.
188 MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 18.
189 Verstappen 1996, par. 1.4.

De wetgever lijkt voor de beschrijving van het vermogen minder strenge eisen te stellen dan de eisen die in het vermogensrecht bij levering gesteld worden. Indien het gehele vermogen op één rechtspersoon overgaat (bijvoorbeeld een holdingvennootschap die tegen uitreiking van aandelen zijn gehele vermogen aan een op te richten dochtervennootschap onder algemene titel laat overgaan), zal kunnen worden volstaan met de zin: het gehele vermogen van Holding X BV.[190] Anders ligt het wanneer niet het gehele vermogen overgaat of wanneer het gehele vermogen naar twee of meer rechtspersonen overgaat. De wetgever laat de nodige vrijheid:
"Hoe gedetailleerd de beschrijving moet zijn om de vereiste mate van nauwkeurigheid te bieden, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Soms zullen de vermogensbestanddelen precies moeten worden aangeduid («de grond met opstallen, plaatselijk bekend als ..., kadastraal bekend als ...»; «de rekening-courantverhouding met ... »), maar in andere gevallen kan een meer globale omschrijving voldoende zijn, bijvoorbeeld een aanduiding van vermogensbestanddelen naar de plaats waar zij zich bevinden of de aard ervan («alle vorderingen op handelsdebiteuren»). Als bepaalde vermogensbestanddelen overgaan op de ene verkrijgende rechtspersoon en het overige vermogen op de andere, zal ten aanzien daarvan vaak met die aanduiding («het overige vermogen») kunnen worden volstaan. De beschrijving moet zodanig zijn dat niet alleen de betrokken rechtspersonen zelf maar ook belanghebbende derden aan de hand daarvan kunnen vaststellen waar het vermogen terecht zal komen."[191]
Evenals Buijn[192], trek ik uit deze toelichting de conclusie dat er verschillende gradaties "nauwkeurig" bestaan, hoewel dat toch niet zonder meer uit het door de wet zelf gebruikte begrip "nauwkeurig" volgt. De vraag dringt zich dan ook op welke zelfstandige betekenis het begrip "nauwkeurig" heeft.[193]
Ik ben het niet eens met Buijn, daar waar hij het vereiste van nauwkeurige vermelding zodanig ruim uitlegt, dat volstaan zou kunnen worden met de beschrijving: "het zelfstandig onderdeel van de onderneming van de splitsende rechtspersoon met betrekking tot (omschrijving activiteit), van welk zelfstandig onderdeel blijkt uit een balans per 1 januari 1996." Met een dergelijke uitleg wordt het begrip "nauwkeurig" wel heel erg - mijns inziens te - ver opgerekt.[194] Mijn ervaring is dat balans-beschrijvingen veelal

190 Buijn, preadvies, p. 54.
191 MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 10.
192 Buijn, preadvies, p. 55.
193 Vgl. ook het gebruik van het woord "nauwkeurig" in art. 3:89 leden 2 en 3: de tot levering bestemde akte moet nauwkeurig de titel bevatten en indien daarbij iemand als gevolmachtigde optreedt moet de volmacht in de akte nauwkeurig worden vermeld.
194 Vgl. reeds eerder B. Wessels, *Splitsing van het onsplitsbare?* Stichting & Vereniging 1997, nr. 6, p. 176.

summier tot uiterst summier zijn en mitsdien allesbehalve voldoende duidelijkheid verschaffen. Toelichtingen bij balansen bevatten soms niet meer dan de standaard waarderingsmethoden die zijn gehanteerd.[195] Bovendien: een balans is nu eenmaal geen beschrijving. Ik ben van mening dat voor rechtverkrijging onder algemene titel krachtens (af)splitsing niet minder strenge beschrijvingseisen behoren te gelden dan bij levering van goederen met het oog op overdracht gelden (vgl. art. 3:84 lid 2).[196] Het belang van derden, met name toekomstige schuldeisers, laat niet toe dat onzeker is waar goederen ergens gelokaliseerd moeten worden. Dat geldt mijns inziens onverkort, ook al verschaft de wet in art. 2:334s een vangnet voor het geval dat omtrent bepaalde vermogensbestanddelen niet duidelijk is aan welke rechtspersoon zij toebehoren.
Volgens mij nuanceert Buijn zijn opvatting door later te stellen, dat van geval tot geval beoordeeld moet worden waar de scheidslijn tussen gedetailleerde informatie en algemene regels kan komen te liggen.[197]
Ten Berge betoogt dat de tekst van de wet aanleiding geeft aan te nemen dat de beschrijving in de meeste gevallen gedetailleerder zal moeten zijn dan de beschrijving die moet worden opgemaakt bij inbreng op aandelen anders dan in geld.[198] Ik meen echter dat aan beide beschrijvingen even strenge eisen behoren te worden gesteld.
Anders dan Ten Berge stelt, is het wel degelijk de taak van de notaris te controleren of de beschrijving voldoende duidelijk is. Niet valt in te zien waarom de notaris in geval van overdracht een uitgesproken taak op dit terrein heeft en bij verkrijging onder algemene titel krachtens (af)splitsing ineens niet, terwijl de rechtszekerheid bij beide vormen van verkrijging in even hoge mate in het geding is. Zijn argument, dat de Minister van Justitie in een eerder stadium zich heeft laten ontvallen dat van de notaris geen inhoudelijke toetsing moet worden geëist van voor de fusie vereiste rechtshandelingen, kan zijn opvatting niet schragen. De notaris toetst niet inhoudelijk in de zin van welke goederen wel en welke niet aan deze of gene

---

195 Hetzelfde kan trouwens ook gezegd worden van de beschrijvingen die accountants soms opstellen bij de oprichting van besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en vaak niet veel meer inhouden dan een balans.

196 Zo ook in het Duitse Umwandlungsrecht, vgl. H. Heckschen, *Die Entwicklung des Umwandlungsrechts aus Sicht der Rechtsprechung und Praxis*, DB Heft 27/28 (1998), p. 1396.

197 M. van Olffen, F.K. Buijn en P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, Deventer 1998, p. 32.

198 Zie J.A.M. ten Berge, TVVS 1996, nr. 10, p. 270, die schrijft: "Een eenvoudige balans zal - net als bij de beschrijving die moet worden opgemaakt bij inbreng op aandelen anders dan in geld - niet voldoende zijn." Een balans is geen beschrijving in de zin van art. 2:204b. Dat geldt zeker voor een "eenvoudige" balans. Voor inbreng anders dan in geld gelden dezelfde eisen van bepaaldheid van hetgeen wordt ingebracht als bij iedere overdracht.

rechtspersoon behoren te worden toebedeeld, maar verlangt in het belang van een ordentelijk rechtsverkeer een deugdelijke, duidelijke en volledige beschrijving van de toedeling. De verwijzing naar de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel fusie is al helemaal misplaatst: voor fusie is het maken van een beschrijving immers niet vereist.

5.9.3 Zaaksvervanging

Er is echter nog een andere problematiek rondom de beschrijving. Evenals bij overdracht van activa en passiva, verdeling van gemeenschappen zoals een nalatenschap, vennootschapsvermogen of een ontbonden huwelijksgemeenschap, liggen het moment van beschrijven en het moment van de overgang in tijd vrijwel altijd uit elkaar.[199] Inventariseren van de samenstelling en omvang (waarde) van een ondernemingsvermogen is vaak een lastig karwei en geschiedt doorgaans maar één keer per jaar. In de tussen de beschrijving en de overgang liggende periode kan van alles gebeuren dat van invloed kan zijn op de omvang en samenstelling van de pakketten vermogensbestanddelen die onder algemene titel over dienen te gaan. Voorraden, handelsdebiteuren en kredieten fluctueren in samenstelling en omvang vrijwel dagelijks.[200]
In de wet zijn weinig aanknopingspunten te vinden voor het antwoord op de vraag of vermogensbestanddelen, die na de beschrijving worden verkregen, deel uitmaken van het beschreven en toegedeelde vermogen dan wel als niet beschreven vermogen onder het bereik van art. 2:334s vallen.
Stel, in de beschrijving staat dat het vrachtwagenpark naar X BV gaat en een bankrekening naar Y BV. Wat is rechtens indien één vrachtauto wordt verkocht en de opbrengst wordt gestort op die bankrekening? En wat als met het volledige saldo van die bankrekening een nieuwe vrachtwagen wordt gekocht voordat de splitsingsakte wordt getekend? Mijns inziens mag hier het beginsel van zaaksvervanging worden toegepast. De goederen en schulden die geacht kunnen worden in de plaats te treden voor de in de beschrijving aan de verkrijgende rechtspersoon toegedeelde goederen en schulden, nemen die plaats ook in. Alle (rechts)handelingen die door de zich splitsende rechtspersoon met betrekking tot de toegedeelde vermogensbestanddelen zijn verricht sedert de beschrijvingsdatum tot aan de daadwerkelijke overgang worden geacht te zijn verricht ten behoeve en

---

199 Onder het moment van beschrijving oftewel de peildatum kan worden verstaan het moment waarop de samenstelling van het pakket vermogensbestanddelen dat naar een rechtspersoon wordt afgesplitst wordt bepaald, maar ook het moment waarop de waardering daarvan plaatsvindt, als dit daarvan afwijkt.

200 M. van Olffen, F.K. Buijn en P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, Deventer 1998, p. 32-33.

voor rekening van de betreffende verkrijgende rechtspersoon. Onder de goederen zijn dus ook begrepen alle goederen die in de bedoelde periode zijn verkregen in verband met deze (rechts)handelingen, al of niet ter vervanging van de in de beschrijving opgenomen goederen. Op overeenkomstige wijze komen ook de in die periode ontstane schulden en rechtsverhoudingen voor rekening van de betreffende rechtspersoon. Het spreekt voor zich dat dit ook geldt voor vruchten en andere voordelen die in die periode opkomen.

Indien men het beginsel van zaaksvervanging hierop loslaat, komt onmiddellijk de vraag op onder welke voorwaarden die oneigenlijke zaaksvervanging plaatsvindt. Zoals reeds is opgemerkt, bevat de wet hieromtrent voor (af)splitsing geen duidelijke regeling. Het huidige Burgerlijk Wetboek bevat overigens op dit punt ook maar weinig regels. We kennen art. 1:124 lid 2 en 125 uit het huwelijksvermogensrecht, en art. 3:229 (voor pand en hypotheek) en art. 3:213 (voor vruchtgebruik). Maar dat is voor dit best wel belangrijke onderwerp een magere oogst. Ik ben van mening dat men in het (af)splitsingsvoorstel dienaangaande zelf regels kan opstellen. Mits de overige voorwaarden voor (af)splitsing in acht worden genomen, zal hiertegen geen bezwaar bestaan, terwijl het de rechtszekerheid dient als aan de hand van dergelijke regels beter kan worden uitgemaakt welke goederen bij welke rechtspersoon thuishoren.[201]
Opmerking verdient, zoals ook al eerder werd gesignaleerd[202], dat indien vermogensbestanddelen worden vervreemd en de opbrengst ten behoeve van andere rechtspersonen wordt aangewend, het zo kan zijn dat ten tijde van de splitsing niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden voor splitsing, bijvoorbeeld omdat niet meer voldaan wordt aan de volstortingsplicht, of omdat daarmee de ruilverhouding wordt aangetast. Terecht wordt in dit kader verdedigd[203] dat het mogelijk moet zijn om dergelijke vermogensverschuivingen te compenseren met vergoedingsvorderingen. Mijns inziens kunnen zowel dergelijke regels van zaaksvervanging, als de regeling van het ontstaan van vergoedingsvorderingen, in het voorstel tot (af)splitsing worden opgenomen. In het algemeen verdient het aanbeveling om te voorkomen dat een zaaksvervangingsregel wordt gekozen die ertoe leidt dat het verkregen goed toekomt aan twee of meer verkrijgende rechtspersonen ge-

---

201 Dat dit mogelijk is blijkt ook wel uit de MvT Kamerstukken II, 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 18, waarin wordt gesteld dat voor de verdeling van niet in de beschrijving opgenomen vermogensbestanddelen art. 2:334s geldt, maar het splitsingsvoorstel een daarvan afwijkende regeling kan bevatten.

202 M. van Olffen, F.K. Buijn en P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, Deventer 1998, p. 34.

203 M. van Olffen, F.K. Buijn en P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, Deventer 1998, p. 34.

zamenlijk. De beste regel zou zijn dat het verkregen goed behoort tot de volgens de beschrijving voor een bepaalde rechtspersoon bestemde vermogensbestanddelen, van waaruit het grootste aandeel in de tegenprestatie is bijgedragen.
Bij voormeld uitgangspunt moet evenwel nog een kanttekening worden gemaakt. Het is goed mogelijk dat in de beschrijving vermogensbestanddelen niet precies worden geïndividualiseerd, maar kortheidshalve worden aangeduid, worden omschreven met: alle vrachtwagens, alle computers o.i.d.. De vraag komt op hoe een dergelijke omschrijving zich verhoudt tot in het voorstel of in de toelichting opgenomen zaaksvervangingsregels.
Stel het voorbeeld van zojuist: in de beschrijving staat dat het vrachtwagenpark naar X BV gaat en de bankrekeningen naar Y BV gaan. Eén vrachtauto wordt verkocht, de opbrengst ad 40.000 wordt tijdelijk gestort op een bankrekening, er wordt voor 100.000 een andere vrachtwagen gekocht en geheel voldaan uit het positieve saldo van voormelde bankrekening. Een en ander speelt zich af na het opmaken van de beschrijving doch voor het ondertekenen van de splitsingsakte. Welke vennootschap zal bij de splitsing eigenaar van de vrachtwagen worden? Nemen we de beschrijving tot uitgangspunt, dan zou X BV de eigenaar worden; nemen we echter de zaaksvervangingsregel in het voorstel tot splitsing of in de toelichting tot uitgangspunt, dan zal Y BV eigenaar worden. In ieder geval verdient het aanbeveling dat uit het voorstel tot splitsing of uit de toelichting daarbij duidelijk blijkt wat de bedoeling is, met andere woorden: welke regel voorgaat.
De wetgever heeft wel voorzien dat er tussen het voorstel tot splitsing en de effectuering daarvan, zich wijzigingen kunnen voordoen. Art. 2:334i bepaalt daarom dat het bestuur van elke partij bij de splitsing verplicht is de algemene vergadering en de andere partijen bij de splitsing in te lichten over na het voorstel tot splitsing gebleken belangrijke wijzigingen in de omstandigheden, die de mededelingen in het voorstel tot splitsing of in de toelichting hebben beïnvloed. Het gaat dan onder meer om wijzigingen in de activa en passiva van het vermogen.[204] Mijns inziens zal deze inlichtingenplicht niet bestaan, indien zich wijzigingen in de activa en passiva voordoen die vallen onder een hiervoor genoemde regeling van zaaksvervanging en vergoedingsvorderingen. In dat geval moet in het algemeen worden aangenomen, dat in het voorstel tot splitsing en in de toelichting al rekening is gehouden met dergelijke wijzigingen.

De splitsingsregeling maakt het beperkt mogelijk dat rechtsverhoudingen (af)gesplitst worden naar verschillende rechtspersonen. Art. 2:334j bepaalt

[204] Nader Rapport naar aanleiding van het advies van de Raad van State, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, B, p. 4.

dat alleen indien een rechtsverhouding is verbonden met verschillende vermogensbestanddelen die in onderscheiden verkrijgende rechtspersonen onder algemene titel overgaan, de rechtsverhouding gesplitst mag worden en wel in dier voege, dat zij overgaat op alle betrokken rechtspersonen "naar evenredigheid van het verband dat de rechtsverhouding heeft met de vermogensbestanddelen die elke rechtspersoon verkrijgt." De memorie van toelichting geeft een vrij eenvoudig voorbeeld van een overeenkomst tot onderhoud van twee gebouwen die in twee verschillende rechtspersonen worden afgesplitst.[205] Maar wat te denken van het volgende geval. A BV splitst zich in B BV en C BV. A BV houdt daarbij op te bestaan. A BV heeft een bankhypotheek bij X bank gevestigd op één pand. Er lopen twee kredietleningen. De ene ten behoeve van de activiteiten die in B BV worden afgesplitst, de andere ten behoeve van activiteiten die in C BV worden afgesplitst. B BV krijgt het verhypotheceerde pand. Strekt de bankhypotheek na de afsplitsing ook tot zekerheid voor de in C BV afgesplitste kredietlening? Kan de rechtsverhouding op grond waarvan de bankhypotheek is gevestigd nu worden afgesplitst in B BV én C BV? Volgens de letter der wet niet, nu de opsplitsbaarheid van rechtsverhoudingen afhankelijk is gemaakt van de verdeling van vermogensbestanddelen over meerdere verkrijgende rechtspersonen. De vraag komt dan ook op of dit criterium wel een juist criterium is voor het mogen/kunnen splitsen van rechtsverhoudingen. Terecht uit Buijn daarop kritiek.[206] Zijn alternatief, het schrappen van de leden 2 en 3 en het toevoegen aan lid 1 van de tekst: "tenzij de splitsing tot een splitsing van rechtsverhoudingen noopt en de aard van de rechtsverhouding zich niet tegen splitsing verzet.", verdient nadere overweging.

Voor de praktijk van groot belang is nog art. 4:946 lid 3/56 lid 1: Om aan een making een recht te kunnen ontlenen, moet men bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt. Rechten uit een making ten voordele van een rechtspersoon die voor dat ogenblik is opgehouden te bestaan ten gevolge van een fusie of een splitsing, komen toe aan de verkrijgende rechtspersoon, onderscheidenlijk de verkrijgende rechtspersoon waarvan de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving dat bepaalt. Indien aan de hand van de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving niet kan worden bepaald welke rechtspersoon in de plaats en de rechten treedt van de gesplitste rechtspersoon, is art. 2:334s van overeenkomstige toepassing. Deze regel houdt in wezen een plaatsvervullingsregel in, evenals dat in het erfrecht bij versterf ook geregeld is voor natuurlijke personen in de artt. 4:888 e.v./10 lid 2 en 12.

---

205 MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 13.
206 Buijn, preadvies, p. 86-87.

Juist bij stichtingen en verenigingen in de sociaal-culturele sfeer kan deze bepaling van grote betekenis zijn op grond waarvan de rechtsfiguur fusie/(af)splitsing verre te verkiezen is boven de activa-passiva transactie. Het verdient aanbeveling bij elke fusie en (af)splitsing aandacht aan deze problematiek te schenken.

5.10 Tussenconclusie

Met bovenstaande vragen heb ik aangegeven dat fusie en (af)splitsing voor "normale" of "alledaagse" vermogensbestanddelen weliswaar fraaie eenvoudige methoden zijn om vermogen te reorganiseren, maar dat er voor specifieke rechtsverhoudingen nog niet opgeloste problemen zijn, waarvan ik vrees dat die met de "state of the art" van de huidige wetgeving ook niet helemaal op te lossen zijn.
Ten aanzien van de rechtsopvolging onder algemene titel die zich krachtens fusie en (af)splitsing voltrekt, kunnen de volgende bezwaren worden ingebracht:

- rechtsopvolging onder algemene titel krachtens fusie of (af)splitsing kent slechts een beperkt aantal toepassingsmogelijkheden;
- het is ongewis wat de precieze omvang van de rechtsopvolging onder algemene titel is: wat gaat allemaal onder algemene titel over? Wat valt onder het begrip "vermogen"?;
- er bestaat onzekerheid over de rechtsgevolgen van fusie en (af)splitsing ten aanzien van bepaalde rechtsfiguren en leerstukken.

De oorzaak van de laatstvermelde twee bezwaren is dat de regel dat "vermogen" onder algemene titel overgaat te eenvoudig, te kort door de bocht is. In feite had bij de invoering van de fusie- en splitsingsregeling ook een aanpassingswet moeten worden gemaakt, die voor alle relevante wetgeving, dus ook publiekrechtelijke wetgeving, de rechtsgevolgen van fusie en splitsing nader regelde. Afhankelijk van de wet en het daarmee gemoeide belang zou kunnen worden gekozen voor aansluiting bij de rechtsgevolgen van het overlijden, maar ook voor het opstellen van geheel nieuwe rechtsgevolgen.
Los hiervan staat de problematiek van de buitenlandse erkenning van het door het Nederlandse recht aan de rechtshandeling fusie verbonden rechtsgevolg van rechtsopvolging onder algemene titel.[207]

---

[207] Vgl. L.H. Slijkhuis, *Juridische fusie ABN-AMRO Bank*, TVVS 1991, nr. 11, p. 290. Zie ook HR 24 oktober 1990, BNB 1991, 2 en Hof Amsterdam 13 juni 1991, NJ 1991, 669. Zie ook H.L.E. Verhagen en J.F. de Heer, *Juridische fusie en internationaal privaatrecht* in de bundel *Overnemen, een hele onderneming*, Deventer 1999, p. 302 e.v.

Dat kan ook in rechtsstelsels die fusie als zodanig kennen een probleem zijn, indien de omvang van de overgang onder algemene titel dan wel de voorwaarden voor fusie aldaar anders gestalte zijn gegeven dan in Nederland het geval is. En verder speelt daar natuurlijk ook nog de problematiek van de (on)mogelijkheid van grensoverschrijdende fusie, waarover de fraaie dissertatie van Van Solinge.[208]
Mijn tussenconclusie is dat de wetgever na de invoering van de fusie- en (af)splitsingsregeling nog niet helemaal klaar is. De rechtsgevolgen van de vermogensovergang onder algemene titel dienen beter in de wetgeving te worden uitgewerkt. Meer in het algemeen kan overigens worden opgemerkt dat fundamenteel en samenhangend onderzoek nodig is over de rechtspersoon in het vermogensrecht.[209]

6 Activa-passiva transacties

6.1 Inleiding

Activa-passiva transacties bestaan in vermogensrechtelijk opzicht in de kern uit de overdracht van goederen, gecombineerd met de overneming van schulden en/of rechtsbetrekkingen, gelardeerd met allerlei afspraken tussen de overdrager en de overnemer, zoals de verplichting een tegenprestatie (prijs) te betalen, due diligence, concurrentiebedingen, het vestigen van persoonlijke en zakelijke zekerheden etc. Het is daarbij veelal de bedoeling, maar er mag niet van worden uitgegaan, dat de overnemer de activiteiten van de overdrager voortzet.
De overnemer kan een derde zijn, maar kan ook gelieerd zijn aan de overdrager. Zoals bijvoorbeeld in geval van reorganisatie binnen concernverband, waarbij alle registergoederen aan één vennootschap worden overgedragen. In dit geval hebben de overdracht van goederen en de overneming van schulden en rechtsverhoudingen meestal geen zuiver ruilkarakter. Omdat alle betrokken rechtspersonen uiteindelijk toebehoren aan bijvoorbeeld één moedervennootschap, heeft het herschikken van vermogensbestanddelen het karakter van een broekzak-vestzak handeling.
Wat maakt de juridische begeleiding van activa-passiva transacties toch zo omslachtig? In de eerste plaats is het lastige aan een activa-passiva transactie dat elk goed moet worden geleverd zoals door de wet voor de betreffende categorie goederen wordt voorgeschreven, terwijl de wet voor schuld- en contractsoverneming eist, dat schuldeisers respectievelijk contractspartijen toestemming respectievelijk medewerking verlenen. Voor een in juri-

[208] G. van Solinge, 1994.
[209] B. Wessels, *Splitsing van het onsplitsbare?*, Stichting & Vereniging 1997, nr. 6, p. 180.

disch opzicht geslaagde activa-passiva transactie moet aan al die uiteenlopende vereisten worden voldaan.
Wie wel eens activa-passiva transacties in de praktijk begeleidt, weet dat het op zichzelf niet zo moeilijk is om een daartoe strekkende akte te maken. Een dergelijke akte zal een aantal standaardbepalingen bevatten, die tot doel hebben aan zoveel mogelijk vereisten te voldoen die de wet aan levering onderscheidenlijk schuld- en contractsoverneming stelt. Het stuk is veelal modelmatig voorhanden. Lastig is dat in het stuk niet alles geregeld kan worden. Uit het hierna in nummer 6.4 nog volgend overzicht van de vereisten voor overdracht, schuld- en contractsoverneming volgt dat er nog heel wat uitvoeringshandelingen moeten worden verricht. Niet altijd rekent de jurist die de transactie begeleidt het verrichten van deze uitvoeringshandelingen tot zijn taak. De cliënt denkt evenwel vaak ten onrechte dat met het ondertekenen van de akte de overdracht perfect is.
In de tweede plaats vergt het vaak veel inspanning om bij cliënten boven tafel te krijgen wat zij precies willen laten overgaan. Des te preciezer men met het beschrijven van het over te dragen vermogen is, des te minder kans op onduidelijkheid en geschillen achteraf, des te meer rechtszekerheid. Vaak komt de (accountant van een) cliënt echter niet veel verder dan het overleggen van een balans en een winst- en verliesrekening die moeten doorgaan als beschrijving.[210] Niet zelden ervaart de (accountant of belastingadviseur van de) cliënt de advocaat of notaris die hierover vragen stelt als lastig.[211] Het is immers toch wel duidelijk wat moet worden overgedragen? Moet ik nu alle tot de inventaris behorende pennen en potloden gaan beschrijven? Maar het specialiteitsbeginsel of de bepaaldheidseis, waarover hierna meer, verlangt nu eenmaal dat hetgeen overgedragen en overgenomen wordt, op een zodanige wijze overeenkomstig art. 3:84 lid 2 beschreven wordt dat achteraf voldoende bepaalbaar is wat is overgedragen.
In de derde plaats kan er tussen het moment van beschrijven en het moment van de daadwerkelijke overgang geruime tijd verstrijken. Er mag gevoeglijk van worden uitgegaan dat de omvang en samenstelling van het beschreven en over te dragen vermogen, zeker als het om ondernemingsvermogen gaat, in die periode niet gelijk zal blijven. De problemen die zich bij de beschrijving in geval van (af)splitsing voordoen, zie hiervoor nummers 5.9.2 en 5.9.3, spelen deels ook hier. In de akte zullen bepalingen moeten worden opgenomen die zien op de (rechts)handelingen die door de over-

---

210 Dat die niet altijd duidelijk blijkt uit een overnamebalans blijkt ook uit HR 22 december 1995, NJ 1996, 300.

211 Vgl. ook A.H.M. Rieter, *Enkele opmerkingen met betrekking tot het opmaken van een beschrijving als bedoeld in artikel 2:204a* BW (cq 204b) (inbreng in een besloten vennootschap, anders dan in geld), WPNR 6104 (1993), alsmede de reactie van C.W. de Monchy en het Naschrift van Rieter in WPNR 6125 (1994).

drager met betrekking tot de beschreven vermogensbestanddelen worden verricht in de periode sedert de beschrijvingsdatum tot aan de daadwerkelijke overdracht. Ook moeten er bepalingen worden opgenomen die bewerkstelligen dat de goederen die voor in die periode vervreemde goederen in de plaats treden eveneens overgedragen worden. Dat geldt ook voor de in die periode opkomende vruchten. Een en ander geldt natuurlijk ook voor de schulden en overeenkomsten die in die periode binnen het over te dragen vermogen opkomen, al dan niet in de plaats van tenietgegane schulden of beëindigde overeenkomsten. Ten slotte kunnen nog afspraken gemaakt worden over zich in die periode mogelijkerwijs voordoende waardeschommelingen.

In de vierde plaats is het vrijwel onmogelijk om per het moment van het zich voltrekken van de transactie - bijvoorbeeld het ondertekenen van een onderhandse of notariële overdrachtsakte - aan alle vereisten voor overdracht en schuld- en contractsoverneming te voldoen. Gesteld dat de beschrijving van hetgeen overgedragen moet worden voldoet aan de normen die redelijkerwijs moeten worden gesteld, door het ondertekenen van een dergelijke akte van activa-passiva transactie hoeft de overdracht, dat wil zeggen de bewerkstelligde overgang van goederen en de overneming van schulden en contractsposities, nog lang niet rond te zijn. Uit de hierna te beschrijven uiteenlopende eisen die de wet aan levering van goederen en overneming van schulden en overeenkomsten stelt, vloeit reeds voort dat de daadwerkelijke verkrijging van de goederen en de daadwerkelijke overgang van schulden en overeenkomsten zich in juridisch opzicht op verschillende momenten voltrekken. De overdracht van registergoederen komt pas tot stand wanneer een afschrift of uittreksel van de akte tot levering wordt ingeschreven in de openbare registers als bedoeld in art. 3:16, dus veelal de dag volgend op de dag van het notarieel passeren van de activa-passiva transactie. Mogelijk is dat er nog zoiets als een sleuteloverdracht behoort plaats te vinden; dan vindt de verkrijging per het in bezit nemen door de verkrijger plaats. Het kan zijn dat zaken zich al in houderschap van de overnemer bevinden of dat de overdrager zaken voor de overnemer zal gaan houden: dan kan levering brevi manu of constitutum possessorum plaatsvinden per het moment van het ondertekenen van de akte. Mogelijk is dat zaken zich bevinden in houderschap van een derde; in dat geval vindt levering longa manu plaats ook per het moment van het ondertekenen van de akte, maar de derde zal pas houden voor de overnemer als hij van de overdracht op de hoogte is gesteld. Voor vorderingsrechten geldt dat de verkrijging pas door de mededeling aan de schuldenaar plaatsvindt. En hoe moet die gestalte krijgen? Worden alle schuldenaren van de overneming op de hoogte gesteld? Wellicht – doch geenszins altijd - zal enige ruchtbaarheid worden gegeven aan de overdracht van de onderneming of aan de re-

organisatie, bijvoorbeeld door het rondsturen van een algemene kennisgeving. Maar kan die algemene kennisgeving doorgaan voor mededeling van de cessie als bedoeld in art. 3:94? Ik zou menen van niet. De schuldenaar zal van de overdracht van de vordering veelal niet veel merken, hoogstens doordat voor nieuwe vorderingen andere facturen worden verstuurd. Ook is twijfelachtig hoe in de praktijk wordt omgegaan met de eis van toestemming bij schuldoverneming (art. 6:155) en medewerking bij contractsoverneming (art. 6:159). Ook hier geldt dat veelal aan schuldeisers geen expliciete toestemming wordt gevraagd, maar de toestemming meestal blijkt uit gedragingen, uit de feitelijke gang van zaken. De schuldeiser merkt niet veel van de schuldoverneming als de schulden worden betaald, maar nu door de overnemer die het van een andere bankrekening laat overmaken. En als er weer over verlenging van een contract moet worden gepraat, blijkt in een keer dat gecorrespondeerd wordt op ander briefpapier, onder andere naam en met een ander inschrijvingsnummer van het Handelsregister Kamer van Koophandel.
Hetzelfde geldt eigenlijk ook voor contractsoverneming. Het vermoeden bestaat dat activa-passiva transacties op al deze punten in strikt juridisch opzicht nogal eens onvolkomen worden uitgevoerd. En dan druk ik mij nog voorzichtig uit. Vgl. ook nummer 6.7.3 hierna.
Met het vorenstaande houdt verband dat het beginsel van gelijk oversteken zoals dat bij koop geldt[212] en bij fusie en (af)splitsing van rechtswege daadwerkelijk op één moment plaatsvindt, bij activa-passiva transacties niet of niet volledig kan worden gerealiseerd. Bij overdracht van registergoederen kent het notariaat een uitgedokterd systeem dat er zoveel mogelijk zorg voor draagt dat noch de verkoper noch de koper aan vermijdbare risico's worden blootgesteld.[213] Bij overdracht van een algemeenheid van goederen is het vrijwel onmogelijk om het beginsel van gelijk oversteken te realiseren, omdat de juridische overgang van de individuele vermogensbestanddelen veelal op verschillende momenten plaatsvindt. Weliswaar kunnen partijen allerlei regelingen treffen, die het gevaar voor zowel de overdrager als de overnemer tot aanvaardbare proporties terugbrengen, maar een regeling die de verkrijging ineens mogelijk maakt, verdient de voorkeur.

Bij het uit- en toetreden van vennoten in een personenvennootschap doet zich een bijzondere problematiek voor. Men kan verschillende mutaties in de sfeer van de personenvennootschappen onderscheiden:
- één of meer vennoten treden uit;

212 Vgl. het arrest Baarns beslag, HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56.
213 Vgl. hierover het preadvies van de KNB, *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht*, Lelystad 1998.

- één of meer vennoten treden toe;
- een combinatie van uit- en toetreden (opvolging).

Dergelijke mutaties zullen veelal gepaard gaan met wijziging in de gerechtigdheid tot het vermogen dat dienstbaar is aan de personenvennootschap. De uittredende vennoot zal zijn aandeel aan de zittende of toetredende vennoten willen doen toekomen. De blijvende vennoten zullen bij uittreden van vennoten gerechtigd willen worden tot het gehele vennootschapsvermogen. De toetredende vennoten zullen medegerechtigd willen worden tot het vennootschapsvermogen. Dergelijke mutaties kunnen mede vanwege de fiscale aspecten die daaraan zijn verbonden, knap lastig in elkaar zitten.

Op dit punt stuit men op de nog gebrekkige wettelijke regeling van de personenvennootschap. Een aantal vragen kan in dit kader gesteld worden. Kan een aandeel in het totale vermogen van een personenvennootschap zonder ontbinding van de personenvennootschap worden overgedragen aan een opvolger? Kan het vermogen in het kader van het uittreden van een vennoot zonder ontbinding van de personenvennootschap worden toegedeeld aan de zittende vennoten? Of is voor beide handelingen een ontbinding en oprichting van een nieuwe personenvennootschap vereist? Hoe moet het uit- en toetreden in relatie tot schulden en lopende overeenkomsten gestalte krijgen?

Deze boeiende aspecten laat ik in het zicht van de nieuwe wetgeving inzake de personenvennootschap liggen. Wel wil ik een paar algemene opmerkingen plaatsen.

Mijns inziens mag worden aangenomen, dat het ook naar huidig recht mogelijk is zonder ontbinding van de personenvennootschap vennoten te laten uittreden en vennoten te laten toetreden dan wel uittredende vennoten hun aandeel in het vennootschapsvermogen te laten overdragen aan de toetredende vennoten. De veelal in vennootschapsovereenkomsten opgenomen voortzettingsbedingen gaan daar dan ook meestal vanuit. Men spreekt in dit kader ook wel van relatieve ontbinding.[214] Een andere visie zou leiden tot de gevolgtrekking dat voor voortzetting de vennootschap eerst moet worden ontbonden, het vennootschapsvermogen moet worden verdeeld om vervolgens met de blijvende vennoten en eventuele nieuw toetredende vennoten een nieuwe, vrijwel identieke personenvennootschap op te richten en vermogen daaraan dienstbaar te maken. Die route kan bewandeld worden, maar zou mijns inziens kunnen leiden tot het in fiscaal opzicht beëindigen van een onderneming en het starten van een nieuwe onderneming, hetgeen vermoedelijk allerlei onwenselijke consequenties heeft. Materieel bezwaar

[214] Vgl. M.J.A. van Mourik, *De personenvennootschap*, Studiepockets privaatrecht nr. 22, 1993, nr. 12.

tegen die route is dat hoewel materieel continuïteit wordt beoogd, formeel sprake is van discontinuïteit, hetgeen naar mijn mening ook ongewenst is.
Verondersteld dat uittreden en toetreden juridisch mogelijk is zonder ontbinding van de personenvennootschap, komt de vraag op hoe dat dan precies gestalte behoort te krijgen. Stel, A, B en C zijn vennoten van ABC vof. A wenst uit te treden. Vereist zal zijn dat hij zijn aandeel in het vennootschapsvermogen overdraagt aan B en C. Mijns inziens zal, gelet op art. 3:182, geen sprake kunnen zijn van overdracht van het aandeel in alle tot het vennootschapsvermogen behorende goederen, maar uitsluitend van verdeling. Lastig is dat overeenkomstig art. 3:96 de levering van een aandeel in een goed op overeenkomstige wijze en met overeenkomstige gevolgen geschiedt als is bepaald met betrekking tot de levering van dat goed.
Maar A wil natuurlijk aan de passiefkant verlost worden van allerlei aansprakelijkheden uit bestaande schulden en overeenkomsten. Voor het ontslaan van A uit bestaande schulden, is vereist dat de schuldeiser afstand om niet doet van zijn vorderingsrecht jegens een vennoot/medeschuldenaar (art. 6:160).
Behalve bij de belangrijke schulden, zoals bijvoorbeeld hypothecaire leningen, zal dat wel niet vaak gebeuren, zodat A in ieder geval door de blijvende en eventueel toetredende vennoten behoort te worden gevrijwaard tegen aanspraken van de zijde van die schuldeisers. Indien een toetredende vennoot de betreffende schuld voor zijn rekening behoort te nemen, kan het instrument van schuldoverneming (art. 6:155 t/m 158) worden gehanteerd.
Soortgelijke problematiek bestaat in verband met door de vennootschap gesloten overeenkomsten. Indien een toetredende vennoot de positie van de uittredende vennoot geheel overneemt, kan het instrument van contractsoverneming (art. 6:159) worden gebruikt. Maar deze regeling ziet enkel op het overnemen en niet op het toetreden tot overeenkomsten dan wel het uittreden uit overeenkomsten. Toch zullen deze laatste rechtsfiguren zeker frequent voorkomen. Ik meen dat uit het systeem van de wet voortvloeit dat zowel het uittreden uit als het toetreden tot overeenkomsten met medewerking van alle partijen bij de overeenkomst een vorm van contractsoverneming is die bij akte dient te geschieden. Niet valt in te zien waarom voor het uit- respectievelijk toetreden als contractspartij sec andere eisen gelden dan voor contractsoverneming. De voorschriften die gelden voor contractsoverneming zouden anders eenvoudig kunnen worden ontgaan door de handeling te construeren als een combinatie van uittreden en toetreden.
In het hierna volgende zal ik overdracht, schuld- en contractsoverneming de revue laten passeren teneinde bovenstaande kwesties nader te illustreren.

6.2 *Overdracht*

Voor overdracht is ingevolge art. 3:84 lid 1 vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. Hiermee is duidelijk dat ons recht van het traditiestelsel uitgaat. De wils-overeenstemming is niet voldoende voor de overgang; er moet levering plaatsvinden.

Niet alle goederen zijn overdraagbaar. Art. 3:83 lid 1 bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. Slechts de wet in formele zin kan de overdraagbaarheid uitsluiten. De goederen zoals omschreven in art. 3:83 lid 1 moeten zoveel mogelijk in de handel blijven en uitgewonnen kunnen worden. Het vrije verkeer in die goederen mag niet worden belemmerd.[215] De wetgever stelt daarom overdraagbaarheid vanuit een oogpunt van algemeen belang voorop, maar maakt daarop een aantal niet onbelangrijke uitzonderingen.

Wanneer sprake is van uitzonderingen op het beginsel van overdraagbaarheid is niet helemaal duidelijk. Meijers schrijft dat zaken, beperkte rechten en vorderingsrechten niet overdraagbaar zijn wanneer zij een persoonlijk karakter hebben, dat wil zeggen wanneer de te verrichten prestatie verband houdt met persoonlijke eigenschappen van de schuldeiser.[216] Dat geldt vooral voor vorderingsrechten. Men denke aan het voorbeeld van het recht van een bekende auteur om het jaarlijkse boekenweekgeschenk te schrijven. Maar ook de vordering van de Staat in het kader van de Regeling steun aan individuele bedrijven.[217] Daar ging het om de Staat die de vordering uit hoofde van dergelijke kredietverlening had gecedeerd aan een particulier. De vordering was zozeer aan de Staat als kredietgever gebonden (verregaande bevoegdheden voor de Staat, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die voor de Staat ook in civilibus kunnen gelden, maar voor particulieren niet), dat de rechten en bevoegdheden uit de kredietovereenkomst slechts door de Staat behoorden te worden uitgeoefend. Daarom verzette de aard van het krediet zich tegen overdracht. Men denke zich de situatie in dat de Staat de vordering cedeert aan de grootste concurrent van de kredietnemer.

Ook de vordering van de curator in het faillissement op grond van art. 2:248 is onoverdraagbaar.[218]

Vorderingsrechten zijn als zodanig wel in de wet geregeld, maar die regeling beperkt zich tot allerlei algemene aspecten. Vorderingsrechten met een

---

215 Asser-Mijnssen-De Haan, *Goederenrecht*, 2001, nr. 200.

216 Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 314.

217 HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766 (Staat/Appels) met noot W.M. Kleijn.

218 HR 7 september 1990, NJ 1991, 52, (Den Toom/De Kreek) met noot J.M.M. Maeijer.

bepaalde inhoud zijn soms helemaal uitgewerkt in de wet (vooral in Boek 7 BW), zoals de vorderingsrechten die voortspruiten uit een arbeidsovereenkomst of huurovereenkomst. Maar de wet laat hier partijen veel vrijheid om de inhoud van vorderingsrechten (wat is de aard van de verplichting om iets te geven, te doen of na te laten) zelf te bepalen. Met deze contractsvrijheid houdt verband de hierna nog te bespreken mogelijkheid vorderingsrechten onoverdraagbaar te maken (art. 3:83 lid 2).
De vraag welke vorderingsrechten een persoonlijk karakter hebben moet - zoals Meijers al aangaf - mede worden beantwoord tegen de achtergrond van de bij een vorderingsrecht betrokken persoon. In geval een rechtspersoon tot een prestatie verplicht is, kan veel minder snel worden gesproken van persoonlijke rechten. Zie ook nummer 5.5.3 hiervoor. De vorm, de aard en de structuur van een rechtspersoon kunnen veranderen: er kan wijziging in de bezetting van organen optreden, de interne structuur van een rechtspersoon kan door statutenwijziging veranderen en de rechtspersoon kan zelfs door zich om te zetten een ander rechtspersonenrechtelijk jasje aantrekken. Wie handelt met een rechtspersoon zal met dit alles rekening moeten houden. Bij personen van vlees en bloed ligt dit natuurlijk anders. De identiteit van een natuurlijke persoon blijft doorgaans hetzelfde. Weliswaar is het mogelijk dat een natuurlijke persoon zijn handelingsbevoegdheid of -bekwaamheid geheel of gedeeltelijk verliest (door ondercuratelestelling, faillissement, bewind etc.) waardoor een derde bevoegd wordt namens hem te handelen, maar in het rechtsverkeer zijn die gevallen als uitzonderingen te bestempelen.
De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten (lid 2). Deze uitzondering heeft, zoals hiervoor reeds opgemerkt, alles te maken met een ander beginsel van ons privaatrecht, namelijk dat van de contractsvrijheid. Vorderingsrechten vloeien voornamelijk voort uit contractuele rechtsverhoudingen. Indien partijen bij die rechtsverhouding uitdrukkelijk hebben bepaald, dat zij alleen met elkaar te maken willen hebben en niet met anderen, dan staat hen dat vrij, evenals het hen vrij staat bij overeenkomst dit vervreemdingsverbod weer op te heffen en de betreffende vordering te cederen of een derde met medewerking van de schuldenaar als wederpartij, de contractuele positie van de schuldeiser te laten overnemen (art. 6:159). Het beding van onoverdraagbaarheid heeft blijkens lid 2 van art. 3:83 ook absolute, dat wil zeggen goederenrechtelijke werking. Ik meen overigens, dat de onoverdraagbaarheid van vorderingsrechten niet in de weg staat aan overgang van de onoverdraagbare vordering op grond van contractsoverneming als bedoeld in art. 6:159.

Lid 3 van art. 3:83 draait de hoofdregel van lid 1 om: alle andere rechten zijn slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt. De vraag wat onder "andere rechten" kan worden beschouwd, komt hierna nog aan de orde. Belangrijke categorie "andere rechten" zijn vergunningen en de zogenaamde wilsrechten.[219]

6.3 Levering

In het causale stelsel is levering gericht op de voldoening aan een bepaalde rechtsplicht, een verbintenis. Met de levering gaan goederen van het vermogen van de overdrager in dat van de verkrijger over. Wat er zij van de verschillende opvattingen die men kan huldigen over het karakter van de levering (wel of geen zakelijke/goederenrechtelijke overeenkomst), de levering heeft een belangrijke functie in het rechtsverkeer met het oog op de kenbaarheid van (het moment van) de overgang.
Van Vliet[220], gepromoveerd op het onderwerp overdracht van roerende zaken, heeft aangetoond dat consensuele en traditiestelsels weliswaar van verschillende uitgangspunten uitgaan, maar dat beide stelsels in eindeffect evenveel mogelijkheden kunnen bieden en daarom inhoudelijk niet veel hoeven te verschillen. Daarvoor is nodig, dat het consensuele stelsel de mogelijkheid biedt overeen te komen, dat in afwijking van de hoofdregel voor de eigendomsverkrijging een levering is vereist, terwijl het traditiestelsel de mogelijkheid moet bieden het bezit fictief te verschaffen, dat wil zeggen zonder daadwerkelijke feitelijke machtsuitoefening, maar door levering bij akte. In ons huidige recht is deze, mede door jurisprudentie[221] ontwikkelde mogelijkheid voor bepaalde situaties in art. 3:90, 95 en 115 gecodificeerd. Daarmee is ons traditiestelsel inhoudelijk dicht tegen het consensuele stelsel aan gaan leunen.
In zijn proefschrift formuleert Van Vliet twee minimumvoorwaarden voor overdracht van roerende zaken:

a. de overdrager en de verkrijger zijn het eens over de overdracht in eigendom ("passing of the ownership"); en
b. die overeenkomst heeft betrekking op bepaalbare, dat wil zeggen voldoende geïndividualiseerde roerende zaken ("identified assets").[222]

---

219 Zie uitgebreid over wilsrechten: W. Snijders, *Wilsrechten in het algemeen en in het nieuwe erfrecht*, WPNR 6365, 6366 en 6367 (1999).

220 L.P.W. van Vliet, *Transfer of movables in German, French and Dutch Law*, diss. Maastricht 2000, p. 201 e.v.

221 HR 27 april 1979, NJ 1981, 139 (Visser/De Zeven Provinciën), HR 1 februari 1980, NJ 1981, 140 (Tiel-Utrecht/Wieringa I) en HR 7 mei 1982, NJ 1983, 241 (Tiel-Utrecht/Wieringa II).

222 Van Vliet 2000, p. 203; dit moet wel worden onderscheiden van de twee aspecten die aan levering zijn verbonden: a. wilsovereenstemming omtrent de overdracht en b. het

De leveringsvoorschriften die gelden voor de diverse categorieën goederen die de wet kent, verschillen sterk. Afhankelijk van de aard der goederen heeft de wetgever leveringsvoorschriften opgesteld. Men kan strenge leveringsvoorschriften en minder strenge onderscheiden. Strenge leveringsvoorschriften bestaan vooral voor die categorieën goederen die uit hun aard *duurzaam* en mede daarom belangrijk voor de economie zijn zoals registergoederen: op grond kan de boer jaarlijks landbouwproducten verbouwen en de industrieel kan er zijn fabrieken op bouwen. Grond zal niet zo snel tenietgaan al is de kans van overstroming in sommige gevallen niet denkbeeldig.
Minder strenge leveringsvoorschriften gelden voor goederen die doorgaans geen lang bestaan kennen zoals vorderingsrechten. Na voldoening van een vorderingsrecht heeft de rechtsverhouding die wij aanduiden met "vorderingsrecht", een vermogensrecht, geen functie meer en is doorgaans dan ook niet meer relevant voor het recht. Vorderingsrechten gaan dan ook door voldoening teniet. Zij hebben in de wereld van het recht een bestaan als dat van een fruitvliegje. Vorderingsrechten zijn "wegwerp"-goederen, voor eenmalig gebruik bestemd. Dat rechtvaardigt dat aan overdracht en verpanding van vorderingsrechten minder strenge eisen gesteld worden en dat doorgaans geen registratie van dergelijke rechten bestaat, noch van de overdracht daarvan.
Voor roerende zaken geldt dat zij doorgaans goed voor menselijke beheersing vatbaar zijn, waardoor het dan ook het meest voor de hand ligt voor het leveren daarvan primair uit te gaan van bezitsverschaffing, het feitelijk verschaffen van de macht over de zaak.
Men zou ook de waarde als criterium voor het al dan niet stellen van strenge leveringsvoorschriften kunnen nemen. Maar dat is juist geen goed criterium. Er bestaat in het recht niets moeilijkers dan het moeten aangeven wat de waarde van een goed is. Waarde is een in tweeërlei opzicht relatief begrip. De waarde van goederen is in de eerste plaats gerelateerd aan de rechthebbenden of degenen die het goed willen bemachtigen. Zij kennen er waarde aan toe of zijn bereid ervoor te betalen. Wie wel eens een veiling van roerende zaken bijwoont, krijgt het beste bewijs van het relatieve karakter van het begrip waarde. Maar gesteld dat een waarde aldus kan worden vastgesteld, dan nog is de waarde in tijd variabel nu de waarde voor de gerechtigde niet altijd hetzelfde zal blijven, hetgeen ook geldt voor de bereidheid om er in de markt voor te betalen. De consequentie hiervan, dat een schilderij van Rembrandt door bezitsverschaffing ten titel van koop geheel zonder geschrift kan worden verkregen, terwijl voor de verkrijging van groenstrookjes een notariële akte en inschrijving in de openbare registers is

voldoen aan de vormvoorschriften die de wet stelt aan levering, vgl. Asser-Mijnssen-de Haan, *Goederenrecht*, 2001, nr. 206.

vereist, stuit mijns inziens niet op onoverkomelijke bezwaren.[223] Opvallend is dat naar gelang de leveringsvoorschriften betrouwbaarder zijn, minder vergaande derdenbeschermingsbepalingen gelden. Zo is de derdenbescherming bij verkrijging onder bijzondere titel van roerende zaken ruimer dan die bij verkrijging van registergoederen.

Bij de aard van de leveringsvoorschriften spelen twee met elkaar samenhangende elementen steeds een eminente rol: het beginsel van *bepaaldheid of specialiteit* en het beginsel van *publiciteit*.
Het eerste beginsel houdt ook in dat goederenrechtelijke rechten alleen kunnen bestaan in relatie tot geïndividualiseerde goederen. Voor de levering wordt dit beginsel tot uitdrukking gebracht in art. 3:84 lid 2. Bij de titel (=levering) moet het goed met voldoende bepaaldheid zijn omschreven.[224]
Het recht op een goed bestaat enerzijds uit het absolute karakter van rechten op goederen (het recht kan jegens eenieder worden geldend gemaakt, gehandhaafd) en anderzijds uit de relatie die tussen de gerechtigde en de zaak bestaat, inhoudend dat hij bevoegd is tot gebruik, vervreemding en bezwaring van de zaak.[225] Vrijwel elk rechtsstelsel gaat in meerdere of mindere mate uit van het beginsel van bepaalbaarheid.[226] Een uitvloeisel van dit beginsel is dat het object van de levering of van de vestiging van beperkte rechten voldoende moet zijn omschreven, bepaald, in voldoende mate moet zijn geïndividualiseerd.
In Duitsland noemt men het de "Späzialitätsgrundsatz": zakelijke rechten kunnen slechts door beschikking over afzonderlijke zaken worden gevestigd of overgedragen.[227]
Het beginsel van publiciteit betreft de kenbaarheid van de levering. Iedere wijze van leveren kent een bepaalde mate van publiciteit. Het rechtsverkeer eist, dat de overgang of overdracht op de een of andere manier voor derden kenbaar is. Voor levering is, naast wilsovereenstemming, ook voor elke categorie goederen een bepaalde *vorm* van levering voorgeschreven.
Juist die vormvoorschriften geven invulling aan het publiciteitsvereiste. Het specialiteitsbeginsel is dan ook nauw verbonden met het publiciteitsbeginsel. Beide aspecten hangen met elkaar samen. *Wie* zich *verbonden* heeft goederen te zullen leveren, is voor derden in beginsel niet van belang

---

223 De door Rembrandt vervaardigde schilderijen zijn overigens beter geregistreerd en gedocumenteerd dan welk perceel dan ook.

224 De bepaalbaarheidseis van art. 6:227 bij overeenkomsten is beduidend minder streng.

225 Van Vliet 2000, p. 27-28.

226 Vgl. Van Vliet 2000, p. 27 e.v. Zo gaat de eigendom in Frankrijk door de koopovereenkomst over, maar deze regel geldt niet voor soortgoederen.

227 J. de Ruiter, *Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het Ontwerp-Burgerlijk Wetboek*, Zwolle 1963, p. 32.

omdat het zich obligatoir verbinden slechts relatieve werking heeft. Pas wanneer twee of meer personen botsende rechten op levering op een zaak vervolgen, geldt een prior tempore regel in het verbintenissenrecht en begint een recht op levering goederenrechtelijke trekken te krijgen (vgl. art. 3:298). Maar de kenbaarheid van de eigendomsverkrijging door de koper is, vooral in een causaal stelsel van eigendomsverkrijging, zowel voor hem van belang (legitimatie) als voor derden (derdenbescherming, aansprakelijkheid etc.). Kenbaarheid in dit verband moet in tweeërlei opzicht worden opgevat: de kenbaarheid van (het moment van) de levering op zich en de kenbaarheid van wat door levering is verkregen. Dat is althans naar mijn mening de belangrijkste functie van de eis, dat voor overdracht in de zin van de bewerkstelligde rechtsovergang, levering is vereist. Opmerking verdient dat de eisen die aan de publiciteit, aan de kenbaarheid van de levering worden gesteld, ook verschillen al naar gelang de aard van de goederen.
Nu de legitimerende functie van de levering door feitelijke bezitsverschaffing in steeds toenemende mate is overgenomen door levering bij akte, is het traditiestelsel in hoge mate gaan lijken op het consensuele stelsel. Dat stelsel vindt bijvoorbeeld in Frankrijk zijn oorsprong in de geleidelijke verwijdering van het traditiestelsel, doordat bij de koop van land steeds vaker werd bepaald dat het bezit aan de koper was verschaft. Aldus werd een vorm van fictieve bezitsverschaffing bij akte van uitzondering tot hoofdregel, waarna de stap naar een consensueel stelsel nog maar klein is.[228]
Maar ook in het consensuele stelsel zijn de minimumvereisten dat de overdrager en de verkrijger het eens zijn over de overdracht in eigendom en dat die overeenkomst betrekking heeft op bepaalbare, dat wil zeggen voldoende geïndividualiseerde roerende zaken.[229] Het Nederlandse recht kent het traditiestelsel, waarin de levering in hoge mate is geformaliseerd.
Wat is nu zo lastig aan de geldende leveringsvoorschriften bij activa-passiva transacties? Kort gezegd: dat zij onderling zo verschillen en tot omslachtige handelingen noodzaken, die partijen in sommige gevallen liever achterwege zouden willen laten. Daarover in het volgende nummer meer.

6.4 Leveringsvoorschriften

Het stelsel van de wet is duidelijk: afhankelijk van de aard der goederen, schrijft de wet leveringsvoorschriften voor. De gevallen die niet door de in de wet geregelde leveringsvoorschriften worden gedekt, worden bestreken door art. 3:95: buiten de in de artikelen 89-94 geregelde gevallen en behoudens het in de artikelen 96 en 98 bepaalde, worden goederen geleverd door een daartoe bestemde akte. Deze bepaling verschaft geen alternatief voor

228 Vgl. Van Vliet 2000, p. 201.
229 Vgl. Van Vliet 2000, p. 203.

de wel in de wet geregelde gevallen, maar regelt het leveringsvoorschrift in de restcategorie van gevallen.[230] Een voorbeeld hiervan is de levering van het recht op een handelsnaam.[231]

Welke zijn nu de wel in de wet geregelde gevallen en welke leveringsvoorschriften bestaan daarvoor?
Voor de levering van *registergoederen* is een daartoe bestemde notariële akte vereist en inschrijving daarvan in de openbare registers (art. 3:89). De akte moet voldoen aan de gedetailleerde eisen die bij of krachtens de wet aan ter inschrijving in de openbare registers aangeboden stukken worden gesteld. Deze eisen zijn voornamelijk in de Kadasterwet minutieus nader uitgewerkt.
De levering van *roerende zaken*, niet-registergoederen die in de macht van de vervreemder zijn, geschiedt door aan de verkrijger het bezit der zaak te verschaffen (art. 3:90). Deze bezitsverschaffing kan geschieden bij tweezijdige verklaring (art. 3:115). Zelfs indien de eigenaar niet het bezit van een goed heeft, kunnen goederen geleverd worden en wel op de voet van art. 3:95.
De levering van een *recht aan toonder* waarvan het toonderpapier in de macht van de vervreemder is, geschiedt door levering van dit papier op de wijze en met de gevolgen als aangegeven in de artikelen 3:90, 91 en 92. Voor overdracht van een *recht aan order*, waarvan het orderpapier in de macht van de vervreemder is, geldt hetzelfde, met dien verstande dat voor de levering tevens endossement is vereist (art. 3:93).
Voor *vorderingen op naam* is sinds 1 januari 1992 niet alleen een daartoe bestemde akte vereist, maar ook mededeling aan de persoon of de personen jegens wie het vorderingsrecht kan worden uitgeoefend (art. 3:94). Mijns inziens zal de bepaaldheidseis bij (stille) verpanding van vorderingen net zo streng/soepel moeten worden uitgelegd als bij cessie. De eisen die gesteld worden aan de bepaaldheid van vorderingen bij cessie en verpanding, lijken steeds geringer te worden. Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat[232] en dat daarom voor de geldigheid van de levering niet noodzakelijk is daarin de debiteur te vermelden, zolang de overige gegevens een vaststelling als voormeld mogelijk maken.[233] Een onjuiste aanduiding van een vordering op een van de pandgever afkomstige

---

230 Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 399.
231 Tekst & Commentaar Rank-Berenschot, aantekening 2 bij art. 3:95.
232 HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 met noot van W.M. Kleijn en HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447, eveneens met noot van W.M. Kleijn.
233 Zie HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447, HR 19 september 1997, NJ 1998, 689 en HR 19 december 1997, NJ 1998, 690, alsmede HR 26 juni 2001, RvdW 2001, 126.

computerlijst staat er niet aan in de weg dat achteraf mag worden vastgesteld om welke vordering het gaat, mits achteraf aan de hand van objectieve gegevens vastgesteld kan worden welke vordering de pandgever met deze aanduiding op het oog moet hebben gehad.[234] Zoals Kleijn het formuleert: de registratie is een pure formaliteit, terwijl de inhoud van de verpanding overigens nagenoeg geheel bepaald wordt door wat uit de objectieve gegevens volgt van hetgeen partijen als wijze van verpanding zijn overeengekomen. Dat de eisen die aan de bepaaldheid van overgedragen of verpande vorderingen worden gesteld minder streng worden, is gelet op het wegwerp-karakter van de meeste vorderingen in het recht minder bezwaarlijk dan sommigen doen voorkomen.
Gevolg van de cessie is dat alle daarbij behorende nevenrechten op de verkrijger overgaan (art. 6:142). Daarmee worden bedoeld: pand- en hypotheekrecht, borgtocht, het recht om eventuele executoriale titels ten uitvoer te leggen, bedongen maar nog niet opeisbare rente, etc. De verkrijger treedt evenwel niet in de volledige contractspositie van de vervreemder. Zo gaan niet over de bevoegdheden de onderliggende overeenkomst op te zeggen, te ontbinden of te vernietigen.[235] Retentierecht wordt niet als nevenrecht beschouwd; het eigendomsvoorbehoud evenmin.[236] Ook het recht op aanvullende of vervangende schadevergoeding wegens niet-nakoming door de schuldenaar gaat niet over, omdat dit recht uit de wet zelf voortvloeit.[237]
Aandelen in besloten vennootschappen worden geleverd door een daartoe bestemde ten overstaan van een in Nederland gevestigde notaris verleden akte waarbij de betrokkenen partij zijn (art. 2:196).
De overdraagbaarheid van *wilsrechten* zoals bevoegdheden is niet uitdrukkelijk geregeld. Volgens Meijers kan de bevoegdheid tot het in het leven roepen van vorderingsrechten of zakelijke rechten als een zelfstandig vermogensrecht worden beschouwd, waarvan de overdraagbaarheid wordt bepaald door het recht, dat in het leven kan worden geroepen. Op deze bevoegdheden zijn derhalve art. 3:83 leden 2 en 3 van toepassing.[238] De regels van levering van het recht dat door uitoefening van de bevoegdheid in het leven kan worden geroepen, zijn op overdracht van die bevoegdheid van toepassing. Ik verwijs hier gaarne naar het belangrijke artikel van W. Snijders over wilsrechten.[239] Opmerkelijk is, dat hoewel het in het privaatrecht wemelt van de bevoegdheden of wilsrechten, de figuur als zodanig in de

234 HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 met noot van W.M. Kleijn.
235 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 528.
236 Vgl. Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p 882-883.
237 Vgl. Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 528.
238 Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 314.
239 Vgl. W. Snijders, *Wilsrechten in het algemeen en in het nieuwe erfrecht*, WPNR 6365, 6366 en 6367 (1999).

wet niet of nauwelijks is uitgewerkt, terwijl de parlementaire geschiedenis er maar op enkele plaatsen iets over zegt.[240]
Effecten die onder de Wet giraal effectenverkeer vallen worden geleverd door bijschrijving ten name van de verkrijger in het daarvoor bestemde deel van de administratie van de bewaarnemer (art. 17, zie ook art. 41 Wet giraal effectenverkeer).
Voor een groot aantal *overige vermogensrechten* gelden ingevolge de wet bijzondere regels van overdracht. Meestal is voor levering een akte vereist. Zie bijvoorbeeld art. 6 Wet teboekgestelde luchtvaartuigen, art. 33 e.v. Grootboekwet 1913, art. 37 e.v. Rijksoctrooiwet, art. 48 Zaaizaad- en plantgoedwet, art. 11 Eenvormige Beneluxwet op de Merken, art. 13 Beneluxwet inzake tekeningen of modellen, art. 2 Handelsnaamwet, art. 2 Auteurswet, art. 9 lid 1 Wet op de naburige rechten. Overeenkomstig art. 3:83 lid 3 zijn ze alleen overdraagbaar als zulks uit de wet voortvloeit. Zegt de betreffende wet niets over de levering maar is overdracht wel mogelijk, dan geldt art. 3:95: deze vermogensrechten kunnen worden geleverd door een daartoe bestemde akte.

Als men de hiervoor weergegeven leveringsvoorschriften zo op een rij zet, dan vallen op het punt van de overdracht van goederen de volgende verschillen te constateren:

- de eisen die gesteld worden aan de wijze van levering;
- de motieven van de wetgever om een bepaalde wijze van levering voor te schrijven;
- de eisen die gesteld worden aan de omschrijving van hetgeen geleverd moet worden;
- de al dan niet verplichte inschakeling van een deskundige (notaris);
- de mate waarin publiciteit ten aanzien van de levering bestaat, met name de registratie van de levering;
- de mate waarin overheidscontrole op de verkrijging wordt uitgeoefend, met name met het oog op de heffing van belastingen (zoals bijvoorbeeld overdrachtsbelasting).

De hiervoor weergegeven wijzen van levering hebben gemeenschappelijk, dat zij uitgaan van het causale stelsel van eigendomsverkrijging. De verkrijging is gebaseerd op een rechtsgrond, een titel: bij gebreke daarvan valt de verkrijging als zodanig weg en heeft de levering niet het daarmee beoogde effect, behoudens de toepassing van derdenbeschermingsbepalingen. Wat dit betreft bestaat er verschil tussen overdracht, schuld- en contracts-

[240] Vgl. W. Snijders, *Wilsrechten in het algemeen en in het nieuwe erfrecht*, WPNR 6365 (1999), p. 558 en Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 314 en 315, alsmede Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 584, 876 en 925.

overneming; de drie figuren die men bij activa-passiva transacties veelal gebruikt. De eerste figuur is, zoals vermeld, een causale rechtshandeling, de tweede is een abstracte rechtshandeling met causale trekjes en de derde figuur is een abstracte rechtshandeling. Vgl. hieromtrent nummer 6.9 hierna.
Opmerkelijk is dat in de loop van de afgelopen eeuwen de levering van goederen in het kader van het reorganiseren van ondernemingen van een feitelijke handeling steeds meer een papieren handeling is geworden. Akten en geschriften zijn in de loop der tijd als legitimerende stukken belangrijker geworden dan het al dan niet uitoefenen van feitelijke macht als bezitter.

6.5 Onoverdraagbare vermogensrechten en andere rechten; art. 3:83 leden 2 en 3

Eigendom en beperkte rechten behoren in de handel te blijven; zij behoren te kunnen worden overgedragen, bezwaard en uitgewonnen (art. 3:83 lid 1).[241] Vorderingsrechten nemen wat dit aangaat een tussenpositie in: zij kunnen door partijen onoverdraagbaar gemaakt worden, hetgeen verband houdt met de contractsvrijheid (lid 2).[242]
Art. 3:83 lid 3 bepaalt dat andere rechten dan eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten slechts overdraagbaar zijn wanneer de wet dit bepaalt. De wet hoeft niet uitdrukkelijk te bepalen dat een "ander recht" overdraagbaar is. De overdraagbaarheid mag ook uit de aard van de vergunning voortvloeien.[243] Deze bepaling geeft sinds 1992 de hoofdregel aan voor de andere vermogensrechten: alleen wanneer expliciet of impliciet uit de wet voortvloeit dat overdracht mogelijk is, kunnen andere vermogensrechten overgedragen worden. De regel van art. 3:83 lid 3 accentueert het belang van de vraag of een recht als vorderingsrecht of als ander vermogensrecht kan worden gekwalificeerd.[244] Zo bijvoorbeeld het recht op een internetdomeinnaam of vergunningen.
Wat kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van deze regel? Het goederenrecht gaat uit van een gesloten stelsel van "zakelijke", absolute rechten. Dogmatisch beschouwd verdraagt een dergelijk stelsel niet dat het mogelijk is om nieuwe vermogensrechten te creëren en daarvan de wijze van overdracht buiten de wetgever om te regelen. In de lijn van deze redenering

---

241 Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 315.
242 Toelichting Meijers parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 314: ".. bij vorderingsrechten daarentegen bestaat vrijheid om door overeenkomst de inhoud van het vorderingsrecht te bepalen, voor zover de wet dit niet verbiedt."
243 Aldus HR 16 mei 1997, NJ 1998, 238.
244 Vgl. ook A.A. Quaedvlieg, *Overdraagbaarheid van licenties naar nieuw BW, hetzelfde en toch iets anders*, in *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle 1991, p. 485 e.v.

ligt dan ook, dat buiten de wetgever om geen "andere rechten" als bedoeld in art. 3:83 lid 3 in het leven geroepen kunnen worden.[245] Als dit wel zou kunnen en het recht op een domeinnaam onder huidig recht als een absoluut recht zou kunnen bestaan, dan ga ik morgen het recht van grondrente weer in het leven roepen en overmorgen een recht van dertiende penning vestigen. Evenals verbintenissen slechts kunnen ontstaan indien dit uit de wet voortvloeit (art. 6:1) kunnen vermogensrechten ook slechts ontstaan indien dit uit de wet voortvloeit. De vrijheid van justitiabelen bestaat hierin, dat door het aangaan van een overeenkomst vorderingsrechten en verbintenissen met een door partijen gewenste inhoud vrij in het leven geroepen kunnen worden. Daarvoor zijn onder meer de Boeken 3 en 6 geschreven, terwijl Boek 7 specifieke regelingen kent voor bijzondere, door de wet benoemde overeenkomsten. Dit gelaagde en tevens in zekere zin gesloten systeem brengt inderdaad enige starheid met zich,[246] maar toch ook duidelijkheid en daarmee rechtszekerheid. Het is aan de wetgever om alert in te spelen op ontwikkelingen in de sfeer van nieuwe eigendom.

Uitgaande van het standpunt dat onder "andere rechten" alleen door de overheid in het leven geroepen rechten kunnen vallen, kan een domeinnaam nooit onder lid 3 vallen, hoogstens als een lid 1-vorderingsrecht worden aangemerkt. In de kern is het recht op een domeinnaam ook niet veel meer of anders dan een benaming voor een rechtspositie die voortvloeit uit een rechtsverhouding met Stichting Internet Domeinregistratie Nederland, welke rechtsverhouding nader in reglementen is uitgewerkt. Het recht op een domeinnaam overdragen is niets anders dan het gebruiken van de bevoegdheid in de relatie tot SIDN om een domeinnaam die aan een IP-adres is gekoppeld, voortaan aan een ander IP-adres te koppelen, dat van de koper of de overnemer. Het absolute karakter dat men aan een domeinnaam toekent, houdt voornamelijk verband met de technische onmogelijkheid dat een eenmaal geregistreerde naam (gelinkt aan een IP-adres), door een ander IP-adres wordt gebruikt. De absolute bescherming tegen gebruik van aldus niet geregistreerde domeinnamen door derden kan worden ontleend aan bestaande wetgeving (Handelsnaamwet, Merkenrecht etc.). Deze bescher-

---

[245] Ten onrechte anders: D.C.J.A.van Engelen, *Overdraagbaarheid van "alle rechten"*, NJB 2001, afl. 8, p. 334, K.Gilhuis, F. Falkena en W. Wefers Bettink, *NJB 2001*, afl. 18, p. 841 e.v.. Ik onderschrijf daarentegen ten volle de betogen van H.J.M. Boukema en H.B. Krans in *NJB 2001*, afl. 33, p. 1614-1615 en van R. Chavannes, *De domeinnaam in het civiele recht*, NJB 2001, afl. 25, p. 1165-1166.

[246] B.W.M. Nieskens-Isphording, *Overdracht/Übertragung*, Ars Aequi Nijmegen 1999, p. 20.

ming strekt zich ook uit over het medium internet.[247] Vergunningen kunnen juist wel onder de categorie "andere rechten" worden geschaard nu zij zijn gebaseerd op de wet of op wettelijke regelingen. Daarmee is het belang gegeven dat de overheid bij het in het leven roepen van dergelijke "andere rechten" heeft bij de regel van art. 3:83 lid 3: alleen wanneer de overheid impliciet of expliciet van overdraagbaarheid en bezwaarbaarheid uitgaat, is zulks mogelijk, anders niet.
De koppeling die Van Engelen en anderen aanbrengen tussen art. 3:83 lid 3 en internetdomeinnamen miskent het gesloten stelsel van zakelijke of absolute rechten. De bezwaren die zij daaraan ontlenen tegen de regel van art. 3:83 lid 3, missen derhalve in dit opzicht feitelijke grondslag.

Tegen de regel van art. 3:83 lid 3 zijn echter niet geheel ten onrechte bezwaren gerezen.[248] Zij belemmert, blokkeert eigenlijk de financiering van en de handel in door de overheid in het leven geroepen andere vermogensrechten, waardoor dergelijke nieuwe vermogensrechten in economisch opzicht niet ten volle geëxploiteerd kunnen worden. Het ware volgens sommigen beter geweest dat de wetgever hier repressief optreedt in plaats van willekeurig preventief door de formulering van een algemeen verbod met een "tenzij"-clausule. In dit kader wordt voorgesteld de regel van art. 3:83 lid 3 om te keren: vermogensrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het goed zich tegen overdracht verzet.[249] Zoals uit het hierna volgende onder 6.6 ook zal blijken, betwijfel ik of dit wel de juiste oplossing is. De omgekeerde regel is niet meer of minder willekeurig. Ik ben wel van mening dat de wetgever meer duidelijkheid behoort te verschaffen omtrent de vraag in hoeverre door de wetgever zelf in het leven geroepen "andere rechten" al dan niet overdraagbaar zijn dan wel bezwaard kunnen worden. Het is juist de wetgever die met inachtneming van het publieke belang dat daarmee gemoeid gaat, duidelijkheid behoort te verschaffen wat de vermogensrechtelijke status van dergelijke "andere rechten" precies is. Dat bevordert de rechtszekerheid meer dan het voorstel de regel van art. 3:83 lid 3 om te keren.

---

247 M. Brandl en M. Fallenbrock, *Zu den namens und markenrechtlichen Aspekten der Domain-namen im Internet*, Wirtschaftsrechtliche blätter: Zeitschrift für Österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht, 13. Jrg. Heft 11, p. 481 e.v.

248 Zie Rapport van de MDW-werkgroep "Verhandelbare rechten", bijlage bij de brief van de Ministers van Justitie en Economische Zaken van 8 februari 2000, Kamerstukken II 1999/00, 24 036, nr. 149, Brinkhof BIE 1997, p. 279, D.C.J.A. van Engelen, NJB 2001, afl. 8, p. 333 e.v., alsmede D.C.J.A. van Engelen, *Vermogensrechten op onstoffelijke goederen*; overdraagbaarheid naar NBW, NJB 1991, afl. 11, p. 431.

249 Vgl. de reactie van F.B. Falkena, K. Gilhuis em H.W. Wefers Bettink in *NJB 2001*, afl. 33, p. 1616.

6.6 *Overdraagbaarheid van publiekrechtelijke rechtsverhoudingen*

Hiervoor onder nummer 5.5.4 is het preadvies van Korf en Van Reijen reeds besproken. Beide preadviseurs maken overigens niet altijd even scherp onderscheid tussen overgang, waaronder overdracht begrepen, en overdracht. Dit onderdeel gaat over de overdraagbaarheid.

Van belang is, denk ik, ook hier de constatering dat het bestuursrecht geen algemene regels voor overdracht van publiekrechtelijke rechtsverhoudingen kent. Steeds moet bij de betreffende publiekrechtelijke wet of regelgeving te rade worden gegaan om het antwoord op deze vraag te verkrijgen. Vooral de overdraagbaarheid van vergunningen of concessies is van groot belang.

Het gegeven dat vergunningen doorgaans vermogensrechten zijn en het gegeven dat het BW als hoofdregel onoverdraagbaarheid in art. 3:83 lid 3 voorop stelt, leidt vanzelf tot zoveel uitzonderingen op de hoofdregel dat men zich mag afvragen of de hoofdregel op het punt van de vergunningen of concessies niet de uitzondering behoort te zijn.[250]

Van Kampen[251] onderscheidt in navolging van het MDW-rapport[252] de persoonsgebonden en de zaaksgebonden vergunningen. Bij persoonsgebonden rechten hangt de mogelijkheid een vergunning te krijgen in hoge mate af van de persoon van de vergunninghouder (diens persoonlijke kwaliteiten zoals diploma's, onbesproken levensgedrag e.d.). Bij zaaksgebonden vergunningen ziet de vergunning op het object, waarop de vergunning betrekking heeft, bijvoorbeeld bouwvergunningen, milieuvergunningen etc. Het zijn met andere woorden kwalitatief bepaalde vergunningen die daarom ook afhankelijk zijn van het object waarvoor ze worden afgegeven. Ook vergunningen met beider karaktertrekken zijn mogelijk, bijvoorbeeld de taxivergunning en de marktstandplaatsvergunning. Voorts onderscheidt hij vrije en gebonden overdraagbaarheid van vergunningen. Een vergunning is gebonden overdraagbaar indien voorwaarden aan de overdracht worden gesteld, zoals bijvoorbeeld bij mest- en melkquota. Ten slotte hangt de overdraagbaarheid ook af van de door de vergunningverlener aan de vergunning verbonden voorwaarden.

Van Kampen noemt de optie om een algemene regeling te maken, die de overdracht van publiekrechtelijke rechten regelt. Ook ik denk dat het wenselijk is om een uniforme regeling van de registratie van verhandelbare rechten, met name vergunningen, op te stellen die in de betreffende pu-

---

250 Zoals P.J.J. van Buuren en C.L. Knijff, *Overgang van vergunningen*, preadvies KNB 2001, p. 13 t/m 31, kennelijk doen.

251 T.A. van Kampen, *De handel en wandel binnen het publiekrecht, verhandelbaarheid van publiekrechtelijke rechten*, NJB 2001, afl. 8, p. 339 e.v..

252 Verhandelbare rechten, p. 28.

bliekrechtelijke wetgeving steeds gehanteerd behoort te worden. Een soort kadaster voor vergunningen. Niet alleen de overheid zal willen weten wie gerechtigd is tot de vergunning, maar een eventueel geïnteresseerde overnemer zal daar ook kennis van willen nemen.

In het vrij recente MDW-rapport Verhandelbare rechten[253] is deze problematiek door de overheid nogmaals in ogenschouw genomen, mede in het licht van de steeds verdergaande uitbesteding van overheidstaken aan de private sector.[254]
Vanwege de grote diversiteit aan publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen laten algemene regels zich echter moeilijk opstellen. In het rapport Verhandelbare rechten wordt terecht geconcludeerd, dat het privaatrecht en met name art. 3:83 lid 3 te abstract van aard is om in de praktijk eenduidig antwoord te geven op de vraag wanneer een beschikking overdraagbaar is. Weliswaar zijn er geen algemene publiekrechtelijke regels inzake overgang van rechten, maar enkele algemene regels laten zich wel formuleren, te weten:

- wat schrijft de wet voor?;
- wat is de aard van de beschikking? Is het een persoons- of zaaksgebonden beschikking?;
- is het zelfstandig overdraagbaar of afgeleid overdraagbaar?;
- zijn er specifieke beschikkingsvoorschriften?[255]

In het MDW rapport komt een vrij handige checklist[256] voor ter determinering van de al dan niet overdraagbaarheid van vergunningen:

1. Is er sprake van een vermogensrecht?
a. Zo nee, dan is het recht niet overdraagbaar.
b. Zo ja, zie vraag 2.
2. Is er sprake van een vermogensrecht dat behoort tot de categorie van eigendom, beperkte rechten of vorderingsrechten?
a. Zo ja, zie vraag 3.
b. Zo nee, zie vraag 4.
3. Sluit de wet overdraagbaarheid uit?
a. Zo ja, dan is het recht niet overdraagbaar.
b. Zo nee, zie vraag 5.
4. Bepaalt de wet dat het recht overdraagbaar is of past de overdraagbaarheid in het stelsel van de wet?

---

253 Met "rechten" in deze term wordt bedoeld de verzamelterm voor allerlei soorten rechten die de burger (incl. bedrijven) aan overheidsbesluiten kan ontlenen. Het gaat niet alleen om vergunningen, maar ook om subsidies, quota e.d..
254 Verhandelbare rechten, p. 20.
255 Verhandelbare rechten, p. 67.
256 Verhandelbare rechten, p. 69.

a. Zo nee, dan is het recht niet overdraagbaar.
b. Zo ja, zie vraag 5.
5. Is er sprake van een recht met een strikt persoonsgebonden karakter of staat de aard van het recht op een andere grond aan overdracht in de weg?
a. Zo ja, dan is het recht niet overdraagbaar.
b. Zo nee, zie vraag 6.
6. Heeft het bestuursorgaan de overdraagbaarheid uitgesloten?
a. Zo ja, dan is het recht niet overdraagbaar.
b. Zo nee, dan is het recht overdraagbaar.

Hoewel dit schema een fraai hulpmiddel is om de overdraagbaarheid te bepalen, zou ik liever zien dat de wetgever zich de moeite zou getroosten om alle publiekrechtelijke wetgeving eens tegen het licht te houden en om duidelijk te bepalen welke vergunningen wel en welke niet overdraagbaar zijn en als overdracht aan voorwaarden verbonden is of kan worden, welke voorwaarden er dan gelden.[257] Wellicht moet er een algemeen wettelijk kader gecreëerd worden dat overdracht van publiekrechtelijke rechtsverhoudingen regelt. Ik ben het niet met Van Kampen eens dat deze duidelijkheid vanuit het privaatrecht moet komen. Het ligt mijns inziens juist op de weg van het publiekrecht om mede vanuit het oogpunt van het algemeen belang de vraag van de overdraagbaarheid te beantwoorden.[258] Dat geldt zeker voor die vergunningen waarvoor de overheid veel geld vraagt. Gelukkig is dat ook een van de aanbevelingen van de MDW-werkgroep.[259] Ik vind echter dat niet alleen de overdraagbaarheid, maar ook de overgang onder algemene titel aandacht behoort te krijgen. Nu fusie en (af)splitsing steeds belangrijker zijn geworden, mag dit aspect niet verwaarloosd worden. Vgl. nummer 5.5.4 hiervoor.
Zoals hiervoor reeds vermeld, wordt voorgesteld om art. 3:83 minder klemmend te formuleren. Onderzoek zou moeten plaatsvinden naar de mogelijkheid de woorden "Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten" te vervangen door "Vermogensrechten" in lid 1 en - naar mag worden aan-

---

257 In gelijke zin H.J. Simon, *Rechtsopvolging in administratieve betrekkingen*, De Gemeentestem nr. 6851, p. 97-101. Zie bijvoorbeeld art. 81 Mijnwet 1903, waarin is geregeld dat de houder van een concessie zijn concessie geheel of gedeeltelijk aan een ander kan overdragen, doch slechts na toestemming van de minister van Economische Zaken. Deze toestemming kan slechts worden geweigerd op grond van technische of financiële mogelijkheden van die ander of op grond van de beoogde manier van ontginning.

258 T.A. van Kampen, *De handel en wandel binnen het publiekrecht, verhandelbaarheid van publiekrechtelijke rechten*, NJB 2001, afl. 8, p. 344-345.

259 Verhandelbare rechten, p. 70-71.

genomen - lid 3 te laten vervallen.[260] De minister heeft dit onderzoek toegezegd.[261]
Ik ben er, zoals hierover in nummer 6.5 al vermeld, niet van overtuigd dat de regel van art. 3:83 lid 3 omgedraaid moet worden. Ik zie een duidelijk verband tussen het zeer ruim geformuleerde begrip vermogensrecht in art. 3:6 en de algemene beperking die art. 3:83 lid 3 bevat. Het omdraaien van de hoofdregel heeft wellicht ongewenste neveneffecten. Indien men er van uit mag gaan dat het gesloten stelsel van zakelijke, absolute rechten eraan in de weg staat dat justitiabelen "andere rechten" als bedoeld in art. 3:83 lid 3 in het leven kunnen roepen, maar dat de overheid de enige instantie is die dat wel kan, dan ligt het op de weg van de overheid ook de al dan niet overdraagbaarheid en de overgang te regelen. Art. 3:83 lid 3 hebben we vervolgens nodig als vangnet voor het geval de overheid het niet geregeld heeft.[262]

6.7 Schuld- en contractsoverneming; inleiding

Anders dan bij levering, bestaat voor de overneming van schulden en overeenkomsten één regeling, ongeacht de aard van de over te nemen schuld of overeenkomst. Zie de art. 6:155 t/m 159.
De ontstaansgeschiedenis van deze bepalingen is in het kader van dit preadvies interessant. Zoals bekend is bij de totstandkoming van ons huidig BW aan de orde geweest of wij de algemeenheid van goederen als rechtsfiguur in het BW zouden moeten regelen.
Aan de Tweede Kamer werd mede naar aanleiding van buitenlandse wetgeving door Meijers vraagpunt 6 voorgelegd:
"Zullen bijzondere voorschriften omtrent de handelszaak moeten bestaan:
a. wat betreft de overdracht van de handelszaak;
b. wat betreft haar verpanding;
c. wat betreft het doorlopen van huur-, pacht- en arbeidscontracten in geval van wijziging in de persoon aan wie de handelszaak toebehoort?"
Deze vraag werd bevestigend beantwoord. De regering voerde dit standpunt van de Tweede Kamer uit door een aantal wettelijke bepalingen, waaronder bezitloos pandrecht op roerende zaken, rechten aan toonder of vruchtgebruik daarop, art. 3:237, maar ook door een bijzondere regel voor overdracht van een algemeenheid, art. 3.4.2.9 lid 3 jo. 3.4.2.11.

---

260 Verhandelbare rechten, p. 71-72.
261 Brief van de Ministers van Justitie en Economische Zaken van 8 februari 2000, Kamerstukken II 1999/00, 24 036, nr. 149.
262 Anders: D.C.J.A.van Engelen, *Overdraagbaarheid van "alle rechten"*, NJB 2001, afl. 1, p. 333 e.v. en T.A. van Kampen, *De handel en wandel binnen het publiekrecht*, verhandelbaarheid van publiekrechtelijke rechten, NJB 2001, afl. 8, p. 339 e.v.

Art. 3.4.2.9 lid 3 was in feite een stap in de richting van een overdracht of overgang van een algemeenheid onder algemene titel. Deze bepaling (gelijkluidend aan het ontwerp-Meijers) luidde:

"1. voor de levering van een algemeenheid van goederen wordt een akte vereist.
2. de afzonderlijke tot de algemeenheid behorende goederen gaan niet op de verkrijger der algemeenheid over, zolang zij niet op de voor ieder van die goederen bepaalde wijze zijn geleverd.
3. *de omstandigheid, dat enige onderdelen der algemeenheid van goederen niet zijn geleverd, belet de overgang der algemeenheid niet, mits slechts haar hoofdbestanddelen zijn geleverd.*"

(Cursivering van mij, LV.)

De bedoeling van Meijers was echter niet een nieuwe vorm van levering die in de plaats zou moeten komen van de bekende wijze van leveren, maar een extra eis waaraan moest worden voldaan voor de overdracht van een algemeenheid van goederen.[263]

De eenheidsgedachte kwam volgens De Ruiter[264] eigenlijk alleen maar in het vervallen art. 3.4.2.9 lid 3 NBW terug: daarin had algemeenheid in feite meer te betekenen dan de eenvoudige som van de bestanddelen.

Vanuit de Tweede Kamer was er nogal wat kritiek op dit artikel. Men zag niet welke zelfstandige functie het voorschrift dat voor de levering van een algemeenheid van goederen een akte vereist is, had, nu lid 2 nader vereiste, dat de tot de algemeenheid behorende goederen op de voor ieder bepaalde wijze moeten worden geleverd om de overgang te bewerkstelligen. Voorts zou het derde lid in voorkomende gevallen aanleiding kunnen geven tot twijfel. Welke goederen kunnen immers aangemerkt worden als hoofdbestanddelen?[265] En hoe zit het met lopende contracten en de positie van de wederpartij? De summiere regeling verschafte geen heldere antwoorden op deze vragen. Bovendien ontbrak een regeling voor de overgang van schulden.[266]

De bepaling werd uiteindelijk geschrapt omdat men de materie van de algemeenheid van goederen, met name voor zover het de onderneming betrof, afzonderlijk wilde bezien.[267] Van het invoeren van een wettelijke regeling voor algemeenheden van goederen is uiteindelijk ook afgezien, me-

---

263 TM, parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 99.

264 J. de Ruiter, *Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het Ontwerp-Burgerlijk Wetboek*, Zwolle 1963, p. 57.

265 Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 400-401.

266 Vgl. F. Molenaar, Vereeniging "Handelsrecht" in 1965 uitgeschreven rechtsvraag: Verdient het – met inachtneming ook van ervaringen elders – aanbeveling de eenmanszaak in de Nederlandse wet te regelen, en zo ja, in welke zin?, Zwolle 1965, p. 94.

267 Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 401.

de naar aanleiding van het proefschrift van De Ruiter, die weinig heel heeft gelaten van de idee van een dergelijke regeling.
In de Boeken 6 en 7 zou een regeling worden opgenomen met betrekking tot de gevolgen van overdracht van een algemeenheid voor de daartoe behorende schulden en verplichtingen en voor de ten laste en de ten bate van die algemeenheid lopende contracten.[268] De materie van art. 3.4.2.9 NBW zou in dat kader behandeld worden. Zij is uiteindelijk geregeld in artt. 6:155 t/m 159: schuld- en contractsoverneming, en in art. 6:251: kwalitatieve rechten.[269]
In geval van schuld- en contractsoverneming is sprake van identiteit van rechtsverhouding: aan de schuld of aan de overeenkomst verandert niets. Bij het realloceren van vermogen zal deze figuur veelal de voorkeur genieten in plaats van schuldvernieuwing.[270]

6.7.1 Schuldoverneming

Voor *schuldoverneming* (artt. 6:155 t/m 158) is vereist dat de schuldeiser toestemming verleent, nadat hem door partijen (dus de schuldenaar én de overnemer) kennis is gegeven van de schuldoverneming. De toestemming kan ook uit een of meer gedragingen van de schuldeiser worden afgeleid.[271] Schuldoverneming is een niet verbintenisscheppende overeenkomst die niet aan vorm gebonden is. Schuldoverneming moet worden onderscheiden van andere, daarop lijkende figuren:

a. een derde komt met de schuldenaar overeen een schuld over te nemen zonder zich jegens de schuldeiser tot betaling te verplichten;
b. als a, maar de derde verbindt zich wel jegens de schuldeiser die de oorspronkelijke schuldenaar niet uit zijn verplichting ontslaat;
c. als a, maar de schuldenaar bedingt van de derde een derdenbeding dat de schuldeiser van de derde kan verlangen dat de schuld door hem betaald wordt; en
d. een derde neemt de schuld over maar er is geen identiteit van rechtsverhouding (passieve schuldoverneming).[272]

---

268 Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 102 en Boek 6 BW, p. 572-573.
269 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 572. Onder goed in art. 6:251 mag ook worden verstaan een algemeenheid van goederen zoals een onderneming, vgl. ook Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 932-933; ten behoeve van een onderneming bedongen concurrentiebedingen kunnen op grond van art. 6:251 van rechtswege op de koper overgaan.
270 Vgl. over schuldvernieuwing M.P. van Achterberg, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen*, Monografieën nieuw BW, B44, Kluwer 1999, p. 88 e.v., alsmede parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 572.
271 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 578.
272 Vgl. parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 572 en M.P. van Achterberg 1999, p. 59.

Een akte van schuldoverneming is, zoals vermeld, niet vereist.[273] Dit is op zichzelf wel opmerkelijk omdat voor de overdracht van de actief-kant van een schuld, de vordering, wel een akte is vereist. Mij lijkt dit inconsequent, zeker nu schuldoverneming ook zonder toestemming van de schuldeiser kan plaatsvinden, terwijl voor cessie de mededeling aan de debitor cessus een vereiste is.
De schuldeiser kan ook toestemming bij voorbaat geven. De kennisgeving is - ook al is toestemming vooraf gegeven - noodzakelijk voor de werking van de schuldoverneming jegens de schuldeiser.[274] Is toestemming vooraf gegeven, dan zal de kennisgeving zelfs *schriftelijk* dienen te geschieden (art. 6:156 lid 1). De kennisgeving maakt het mogelijk dat de schulden in relatie tot derden op hetzelfde tijdstip overgaan indien de kennisgevingen tegelijkertijd zijn geschied.[275] De schuldeiser kan een bij voorbaat gegeven toestemming niet herroepen, tenzij hij zich de bevoegdheid daartoe bij het geven van de toestemming heeft voorbehouden, art. 6:156 lid 2. Als er om welke reden dan ook door de schuldeiser geen toestemming wordt verleend, dan is in de ogen van de wetgever toch sprake van schuldoverneming, zij het een relatieve, die niet werkt in relatie tot de schuldeiser. Men kan hierop ook kritiek hebben: in het geval de toestemming van de schuldeiser ontbreekt, is eigenlijk geen sprake van schuldoverneming, maar slechts een handeling die een draagplicht schept in relatie tot de schuldenaar.[276] In dat geval is het wenselijk dat de schuldenaar wordt gevrijwaard door de opvolgende schuldenaar tegen aanspraken die de schuldeiser jegens hem heeft.
Na schuldoverneming blijft de oorspronkelijke contractuele band tussen de schuldenaar en de schuldeiser voortbestaan.[277] De overnemer verkrijgt niet de positie van contractspartij van de schuldeiser.

6.7.2 Contractsoverneming

Art. 6:159 bepaalt dat een partij bij een overeenkomst haar rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze laatste kan overdragen aan een derde bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte. Lid 2 bepaalt, dat hierdoor alle rechten en verplichtingen overgaan op de derde,

---

273 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 574.
274 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 574; een schuldeiser die toevallig van de schuldoverneming verneemt, kan aldus niet de plannen van partijen omtrent het tijdstip waarop zij hun afspraak werking jegens hem willen geven, doorkruisen door eigener beweging en ongevraagd toestemming te verlenen.
275 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 575.
276 Vgl. H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer 1979, p. 344 e.v.
277 Vgl. reeds HR 25 mei 1962, NJ 1962, 256.

voor zover niet ten aanzien van bijkomstige of reeds opeisbaar geworden rechten of verplichtingen anders is bepaald. Lid 3 verklaart tenslotte een aantal bepalingen van schuldoverneming van overeenkomstige toepassing op contractsoverneming.
De regeling van art. 6:159 houdt verband met de negatieve contractsvrijheid: zonder medewerking mag de wederpartij geen nieuwe partij(en) worden opgedrongen.[278] Contractsoverneming houdt *indeplaatsstelling* in.[279] De overnemer treedt in de bestaande rechtsverhouding. De identiteit van de rechtsverhouding blijft dezelfde.
Contractsoverneming is een drie-partijenrechtshandeling. Object van die rechtshandeling is de rechtsverhouding. Contractsoverneming is - evenals schuldoverneming - geen verbintenisscheppende overeenkomst. Het heeft een abstract karakter, hetgeen betekent dat voor de overgang van de contractsverhouding niet is vereist dat daaraan een geldige rechtsverhouding ten grondslag ligt.
Het gevolg van contractsoverneming is dat alle vorderingsrechten, nevenrechten, afhankelijke rechten, wilsrechten etc., op de verkrijger overgaan. Kortom: de gehele rechtsverhouding gaat op een ander over oftewel: er vindt indeplaatsstelling plaats. Mogelijk is wel bepaalde rechten en/of verplichtingen van de overgang uit te zonderen.[280]
Kan bij voorbaat medewerking worden verleend aan contractsoverneming? Deze vraag moet zonder meer bevestigend worden beantwoord. Het antwoord vloeit voort uit de bewoordingen van de wet (art. 6:159 verklaart art. 6:156, waarin is bepaald dat bij voorbaat aan schuldoverneming toestem-

---

278 Contractsvrijheid is één van de belangrijkste beginselen van ons vermogensrecht. Ik onderscheid de positieve en de negatieve contractsvrijheid: met positieve contractsvrijheid bedoel ik dat men in beginsel mag contracteren met wie men wil; met negatieve contractsvrijheid bedoel ik dat men niet ongewild nieuwe contractspartijen opgedrongen mag krijgen.

279 Aldus HR 12 mei 1995, NJ 1995, 497; in de casus van dit arrest ging het om de vraag of de rechten uit een borgtochtovereenkomst, welke was gesloten ten behoeve van de verhuurder, teniet zouden gaan indien de rechter overeenkomstig art. 7A:1635 machtiging tot indeplaatsstelling verleent. De Hoge Raad oordeelde dat een indeplaatsstelling als bedoeld in art. 7A:1635 resulteert in een contractsoverneming als bedoeld in art. 6:159 zodat de rechten uit borgtocht ingevolge art. 6:157 lid 2 teniet gaan, tenzij de borg tevoren in handhaving heeft toegestemd. Zo resulteert de regel koop breekt geen huur/pacht (art. 7A:1612 en art. 34 Pachtwet) ook in contractsoverneming, Vgl. parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 584 en M.P. van Achterberg 1999, p. 72.

280 Partijen kunnen evenwel niet willekeurig rechten en verplichtingen van de overgang uitzonderen. Als partijen essentiële rechten of verplichtingen van de overgang uitsluiten (bijvoorbeeld wilsrechten tot ontbinding of vernietiging of het recht op de gekochte zaak of het recht op de koopprijs), kan van partijen niet worden gezegd dat zij hun rechtsverhouding willen overdragen, Vgl. parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 585-586.

ming kan worden gegeven, van overeenkomstige toepassing op contractsoverneming) en uit de parlementaire geschiedenis.[281] Vooraf medewerking verlenen aan contractsoverneming dient te worden geduid als een in de regel *onherroepelijk* aanbod van de wederpartij aan de schuldenaar en de overnemer tot het overnemen van de rechtsverhouding.[282] Zij dienen het aanbod in dat geval door middel van een *schriftelijke* verklaring te aanvaarden (de schriftelijke kennisgeving als bedoeld in art. 6:156 lid 1, welke bepaling in lid 3 van art. 6:159 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op contractsoverneming).

6.7.3 Volkomen en onvolkomen contractsoverneming

De overneming van een overeenkomst kan men overigens ook gieten in de vorm van cessie (overdracht) van alle rechten uit de overeenkomst onder de verplichting alle verplichtingen uit de overeenkomst over te nemen.
In de literatuur wordt in dit verband gesproken van *volkomen* en *onvolkomen* contractsoverneming. Volkomen contractsoverneming is contractsoverneming als bedoeld in art. 6:159. Van onvolkomen contractsoverneming wordt gesproken wanneer de rechtsverhouding zonder medewerking van de wederpartij wordt overgenomen door de overnemer. Het verschil is dat in de eerste variant de oorspronkelijke partij er als het ware geheel tussenuit valt, terwijl dat in de tweede variant niet het geval is. Onvolkomen contractsoverneming is in feite contractsoverneming waaraan een geldigheidheidsvereiste ontbreekt. Met wat als cessie van de rechten en overneming van de schulden uit een overeenkomst wordt gepresenteerd, beogen partijen vaak contractsoverneming. Contractsoverneming komt door het ontbreken van medewerking van de wederpartij niet tot stand.[283] Door het veelal ontbreken van mededeling aan de debitor cessus, toestemming casu quo medewerking, zal de rechtshandeling niet verder komen dan het stadium van de combinatie van een onvolkomen cessie en een schuldoverneming die alleen relatief, in de relatie tot de schuldenaar, werkt.
Rechtsverhoudingen op zich kunnen echter nooit object van overdracht als bedoeld in art. 3:84 zijn.[284] Een *rechtsverhouding* onoverdraagbaar maken

---

281 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 586.

282 Zie art. 6:159 lid 3 jo. 156 lid 2; als hoofdregel geldt dat het een onherroepelijk aanbod is, tenzij de wederpartij zich de bevoegdheid tot het herroepen van het aanbod bij het doen van het aanbod heeft voorbehouden.

283 W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle 1995, p. 14-15 en 33, alsmede B. Wessels, *verzelfstandiging: enkele kanttekeningen uit het vermogensrecht*, Stichting & Vereniging 1994, nr. 3, p. 73.

284 Vgl. ook W. Mincke, *De schuld als object en rechtsbetrekking, Vergelijkende opmerkingen bij art. 6.2.3.10 NBW*, Groninger opmerkingen en mededelingen VII, Groningen 1990, p. 43 e.v.

heeft geen effect. Hoewel de wet in art. 6:159 spreekt van "overdragen" van de rechtsverhouding[285], verdient het mijns inziens de voorkeur steeds te spreken van (contracts)*overneming*. De term "overdracht" impliceert in beginsel de mogelijkheid een goed eenzijdig te kunnen overdragen. Onoverdraagbaarheid van een goed is uitzondering, overdraagbaarheid regel, zie art. 3:83 lid 1. Bij rechtsverhoudingen, zoals een overeenkomst, geldt echter dat *steeds* medewerking van de wederpartij is vereist. Vermogensrechtelijke aanspraken op personen (vorderingsrechten) vormen wat dit betreft een soort tussenvorm: op grond van art. 3:83 lid 2 kan de overdraagbaarheid door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten. Een dergelijk beding staat er, zoals hiervoor in nummer 6.2 reeds vermeld, mijns inziens niet aan in de weg dat een vorderingsrecht overgaat als gevolg van contractsoverneming. Dan is immers geen sprake van overdracht van het vorderingsrecht, terwijl de medewerking van de wederpartij is vereist.

Bij volkomen contractsoverneming is niet sprake van overgang van alle rechten en plichten van een partij bij een overeenkomst, maar van overneming van de rechtsverhouding, welke overneming resulteert in overgang van alle rechten en verplichtingen. Die rechtsverhouding is de bron van waaruit rechten en verplichtingen voortspruiten. Zie ik het goed, dan kan onvolkomen contractsoverneming in BW-termen een combinatie van cessie en schuldoverneming al dan niet met mededeling aan respectievelijk toestemming van de wederpartij zijn (desgewenst met vrijwaring van de overdragende partij door de overnemer voor eventuele aanspraken van de wederpartij) óf contractsoverneming waarbij de medewerking van de wederpartij ontbreekt. In dit laatste geval is strikt genomen geen sprake van contractsoverneming nu die zonder medewerking niet tot stand komt. Daarom is het mijns inziens van belang dat men zich bij activa-passiva transacties bedient van beide figuren, opdat wanneer de overneming van overeenkomsten niet bij wege van contractsoverneming gerealiseerd kan worden, altijd nog de weg openstaat van de combinatie cessie en schuldoverneming, die wel tot stand kan komen zonder toestemming/medewerking van de schuldeiser/wederpartij.

---

[285] Vgl. parlementaire geschiedenis, Boek 6 BW, p. 585, waarin wordt gesteld dat wat de rechten betreft, deze overgang net zo min als de overgang bij erfopvolging een overdracht (cessie) is in de terminologie van de wetgever. Uit het feit dat lid 1 van overdragen spreekt zou niet het tegendeel mogen worden afgeleid omdat deze overgang betrekking heeft op de rechtsverhouding. De overdracht van de rechtsverhouding - de contractsoverneming - heeft de overgang van de rechten ten gevolg. Voor de overgang van de plichten geldt mutatis mutandis hetzelfde. Deze moet echter niet worden geduid als een schuldoverneming als bedoeld in de artt. 6:155 t/m 158.

6.8 *Het voortbestaan van zekerheden*

Zowel bij cessie en schuldoverneming, als bij contractsoverneming blijven de verbintenissen voortbestaan; er treedt geen schuldvernieuwing (onder het oude BW: novatie) op.[286] Dat bij schuldoverneming geen schuldvernieuwing optreedt is van groot belang voor het voortbestaan van voor de terugbetaling van schulden verschafte zekerheden. Tot zekerheid van een overgegane schuld strekkende rechten van pand en hypotheek op een aan een der *partijen* toebehorend goed blijven bestaan. Wanneer een *derde* zekerheden (borgtocht, pand of hypotheek) heeft verschaft voor een schuld van één der contractspartijen en de schuld wordt door een ander overgenomen, dan zal die derde tevoren in de handhaving van de zekerheden moeten toestemmen (art. 6:157 lid 2). Art. 6:159 lid 3 verklaart de leden 1 t/m 3 van art. 6:157 van overeenkomstige toepassing op contractsoverneming, zodat dit ook geldt voor contractsoverneming.

In de praktijk betekent dit bijvoorbeeld, dat de enig aandeelhouder/bestuurder van een BV die in privé zekerheden heeft verschaft voor de terugbetaling van schulden van de onderneming van de BV, bij het laten doorzakken van die onderneming in een werk-BV privé zal moeten toestemmen in de handhaving van de zekerheden. Ik heb het vermoeden dat dit in de praktijk niet altijd even consequent gebeurt. Het is aan te bevelen dit met zoveel woorden in de akte tot uitdrukking te brengen.[287] Dit punt is van groot belang, omdat indien men heeft verzuimd de zekerheidshouder vooraf om handhaving van de zekerheid te verzoeken, reparatie niet meer mogelijk is: zekerheden moeten opnieuw worden gevestigd met alle consequenties van dien.[288]

In de praktijk komt het ook nogal eens voor dat leningen van instellingen bij institutionele beleggers door de Staat (of een garantiefonds) zijn gegarandeerd. Is dit het geval, dan dient, zoals uit het voorgaande volgt, de Staat vóór de overdracht te worden verzocht toestemming te verlenen aan de schuld- dan wel contractsoverneming. Gebeurt dit niet, dan vervalt de zekerheid. Ik heb het vermoeden dat ook op dit punt in de praktijk heel wat mis gaat. Men mag hopen dat men tijdig inziet, dat het om door derden gesecuriseerde schulden gaat die moeten worden overgenomen en dat men

---

286 Bij schuldvernieuwing dient naar huidig recht de schuldeiser bij een driepartijenovereenkomst afstand om baat te doen van zijn vordering op de schuldenaar, waartegenover een derde een nieuwe verbintenis jegens de schuldeiser op zich neemt, vgl. Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 572.

287 Vaak zal de enig aandeelhouder-bestuurder evenwel zelf hoofdelijk voor de terugbetaling van dergelijke schulden aansprakelijk zijn. Banken plegen dat doorgaans te bedingen.

288 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 581.

zich realiseert, dat vooraf toestemming voor de overneming moet worden gevraagd.
Ingeval een schuld waarvoor een derde zekerheid heeft verschaft, door *contractsoverneming* op een ander overgaat, is de regel van art. 6:157 lid 2 vanzelfsprekend. Maar geldt dit ook indien een *vordering*, waarvoor een derde zekerheid heeft verschaft, door *contractsoverneming* op een ander overgaat? In beginsel zou ik menen dat, evenals bij cessie, een door een derde verschafte zekerheid als een aan de vordering verbonden nevenrecht ook overgaat op de overnemer, ook al heeft de derde niet tevoren in de handhaving toegestemd. Zulks volgt ook al wel uit art. 6:142.

6.9 Causale en abstracte werking

Een causaal stelsel gaat ervan uit dat aan de verkrijging van goederen, maar ook aan de overneming van schulden, een rechtsgrond ten grondslag behoort te liggen, bij gebreke waarvan in beginsel de verkrijging of overneming voor het recht niet heeft plaatsgevonden.
De verkrijging door levering is een causaal gebeuren, terwijl schuldoverneming en contractsoverneming in beginsel abstracte rechtshandelingen zijn.[289]
Volgens de parlementaire geschiedenis is schuldoverneming in relatie tot de schuldeiser *in beginsel* een abstracte rechtshandeling: schuldoverneming is een rechtshandeling waarvan de geldigheid onafhankelijk is van die van de aan haar ten grondslag liggende rechtsverhouding. De overnemer kan daar dus in relatie tot de schuldeiser geen verweer aan ontlenen. De reden daarvan is, dat de wetgever vindt dat een causale schuldoverneming voor de schuldeiser te veel onzekerheid zou meebrengen en afhankelijkheid van omstandigheden waarop hij geen invloed kan uitoefenen.[290] Men mag zich afvragen of deze uitleg wel voldoende hout snijdt. Niet valt in te zien dat deze argumenten bij schuldoverneming in stelling worden gebracht terwijl aan de actiefkant, bij overdracht (een causale rechtshandeling), deze argumenten kennelijk geen of onvoldoende rol spelen.
De hoofdregel dat schuldoverneming een abstracte rechtshandeling is, kent één uitzondering, namelijk wanneer door het wegvallen van de onderliggende rechtsverhouding goederen weer terugvallen aan de oorspronkelijke schuldenaar. Om de schuldeiser in dat geval te beschermen is hem in art.

---

289 Vgl. Asser-Hartkamp I, Zwolle 2000, nr. 610 e.v., in het bijzonder nr. 612, alsmede W. Mincke, *De schuld als object en rechtsbetrekking, vergelijkende opmerkingen bij art. 6.2.3.10 NBW*, Groninger opmerkingen en mededelingen VII, Groningen 1990, p. 41 e.v..

290 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 583, Vgl. ook F.H.J. Mijnssen, *Causale en abstracte rechtshandelingen in het vermogensrecht*, oratie VU, Alphen aan den Rijn 1979, p. 16 e.v.

6:158 de bevoegdheid toegekend bij nietigheid, vernietiging of ontbinding van de rechtsverhouding tussen de vorige en de nieuwe schuldenaar, door middel van een daartoe strekkende kennisgeving aan de beide betrokken partijen, de schuld weer op de vorige schuldenaar te doen overgaan.
Een voorbeeld. A verkoopt en draagt zijn onderneming aan B over. De koopprijs moet in termijnen worden voldaan. B verkoopt en draagt vervolgens de onderneming over aan C met overneming door C van de verplichting om de koopprijs in termijnen te voldoen. A verleent toestemming aan de schuldoverneming. Indien de aan de doorlevering ten grondslag liggende koopovereenkomst B-C bijvoorbeeld op grond van dwaling wordt vernietigd, ontvalt de titel aan de doorlevering van de onderneming. De activa van de onderneming keren terug naar B. Het in beginsel abstracte karakter van schuldoverneming brengt met zich dat C vooralsnog verplicht blijft de termijnen van de koopprijs te voldoen. Dit brengt A in een nadeliger positie nu het verhaalsobject, de activa van de onderneming, is weggevallen. Op grond van art. 6:158 heeft A nu de mogelijkheid om aan B en C een kennisgeving te sturen, waarin hij eenzijdig verklaart de verplichting tot betaling van de koopprijs weer op B te doen overgaan. Hier zien we dus de causale trekjes van een in beginsel abstracte rechtshandeling.
De regel van art. 6:158 is in art. 6:159 niet van overeenkomstige toepassing verklaard op contractsoverneming. De reden hiervan is, dat indien de verplichtingen zouden teruggaan naar de overdrager, de overgegane rechten bij de overnemer blijven, hetgeen ongewenst is.[291] Dat maakt contractsoverneming een ten opzichte van schuldoverneming meer abstracte rechtshandeling.

Men lette er echter wel op, dat de contractsoverneming zelf als driepartijenrechtshandeling aangetast zou kunnen worden, bijvoorbeeld op grond van dwaling. Stel dat in de casus de koopovereenkomst bij wege van contractsoverneming door C van B werd overgenomen en de onderneming door A rechtstreeks aan C geleverd is. Indien A had geweten van de mogelijke nietigheid, vernietigbaarheid of ontbinding van de koopovereenkomst tussen B-C, dan zou hij geen medewerking hebben verleend aan de contractsoverneming. Op die grond kan hij een beroep op dwaling (art. 6:228) doen en de contractsoverneming als zodanig vernietigen, waardoor de levering van de onderneming aan C ook op losse schroeven komt te staan. In de literatuur wordt aangenomen dat naast art. 6:228, ook de art. 6:229 (voortbouwende overeenkomst), art. 6:248 (aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) en art. 6:258 (onvoorziene omstandigheden) toegepast kunnen worden op de contractsoverneming als rechtshande-

[291] Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 586.

ling.[292] Deze opvatting stoelt op de gedachte dat voormelde artikelen, geschreven voor overeenkomsten, via de schakelbepaling van art. 6:216 ook van toepassing zijn op contractsoverneming als andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling.[293] Het in beginsel abstracte karakter van schuld- en contractsoverneming zoals hiervoor uiteengezet, dient derhalve te worden gerelativeerd.
Hoe men zich een en ander moet voorstellen is niet helemaal duidelijk. Stel A verkoopt een onderneming aan B. B verkoopt de onderneming door aan C. De uitvoering van deze laatste koop geschiedt doordat C met medewerking van A de contractspositie van B in de koopovereenkomst met A van B overneemt. A levert vervolgens de onderneming aan C.[294] Stel nu, de koop B-C en de contractsoverneming worden door C op grond van dwaling vernietigd. Hoe zit het met de levering van de onderneming door A aan C? C blijkt achteraf toch niet de opvolgende koper van de onderneming te zijn terwijl wel aan hem is geleverd. De levering van de onderneming is wel geschied ter uitvoering van een geldig gebleven overeenkomst, maar er is achteraf beschouwd aan de verkeerde koper geleverd. Mijns inziens is ook na vernietiging van de koop B-C en de contractsoverneming, C eigenaar van de onderneming gebleven en zal A zich erop kunnen beroepen dat hij bevrijdend heeft betaald op de voet van art. 6:34 en 35 mits wordt voldaan aan de in die bepalingen daaraan gestelde eisen. Om een en ander glad te strijken, zal B van C de levering van de onderneming moeten kunnen verlangen. Een beroep op ongedaanmaking (art. 6:271) of ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212) ligt voor de hand.[295]

6.10 Vergelijking; verschillen en overeenkomsten tussen cessie en schuldoverneming enerzijds en contractsoverneming anderzijds

Bij cessie is een *akte* én *mededeling* aan de debitor cessus voor de overgang vereist, bij schuldoverneming *toestemming* van de schuldeiser na kennisgeving door partijen aan hem en bij contractsoverneming een *akte* én *medewerking*. Het grote verschil tussen beide constructies is, dat cessie en schuldoverneming *tweezijdige* rechtshandelingen zijn en dat contractsoverneming een *driezijdige* rechtshandeling is. Bij cessie en contractsoverneming is een akte vereist, bij schuldoverneming niet. Een overeenkomst niet-overdraagbaar maken in de zin van art. 3:84 bestaat net zo min als dat

---

292 Vgl. Asser-Hartkamp 4-I. Zwolle 2000, nr. 612, alsmede M.P. van Achterberg 1999, p. 73.

293 Aldus parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 587.

294 De overdracht vindt plaats door middel van een activa-passiva transactie.

295 Parlementaire geschiedenis Boek 6 BW, p. 583 en W. Mincke, *De schuld als object en rechtsbetrekking, Vergelijkende opmerkingen bij art. 6.2.3.10 NBW*, Groninger opmerkingen en mededelingen VII, Groningen 1990, p. 47 e.v..

een overeenkomst geleverd zou kunnen worden. Men kan hoogstens de medewerking onthouden aan de contractsoverneming, waardoor die niet tot stand komt, of als schuldeiser de toestemming aan de schuldoverneming onthouden, waardoor die *jegens de schuldeiser* niet tot stand komt.
Wil de overnemer rechten kunnen ontlenen aan de cessie, dan zal deze eerst mededeling van de cessie aan de debitor cessus (de wederpartij) moeten doen. Ik vraag mij af of dit in de praktijk wel altijd gebeurt. Strikt juridisch geredeneerd gaan de rechten uit de overgenomen overeenkomst niet op de opvolger over zolang geen mededeling is gedaan.
Hier zien we eveneens het belang om aan een overdracht, bijvoorbeeld in het kader van een reorganisatie, vooraf of achteraf voldoende ruchtbaarheid te geven. De bekendmaking van een reorganisatie aan relaties kan als mooie gelegenheid worden aangegrepen om specifieke relaties waarmee contractuele banden bestaan, toestemming dan wel medewerking zoals hiervoor aangegeven te verzoeken.
De voordelen van contractsoverneming boven cessie met schuldoverneming zijn evident:

- faillissement van een tussenliggende "schakel" regardeert de overnemer bij contractsoverneming doorgaans niet;
- de overeenkomst tot en de rechtshandeling van contractsoverneming kunnen simpel zijn. Er hoeft enkel gerefereerd te worden aan de over te nemen overeenkomst. Bij cessie en schuldoverneming is uitgangspunt dat bepaald moet worden, althans bepaalbaar moet zijn, welke vorderingen en welke verplichtingen worden overgedragen respectievelijk worden overgenomen, terwijl bij contractsoverneming uitgangspunt is dat de gehele contractuele rechtsverhouding wordt overgenomen;
- bij cessie gaan slechts de vorderingsrechten die object van de cessie zijn én de nevenrechten over; bij contractsoverneming gaan ook de wilsrechten mee over: de overnemer wordt immers partij.

De conclusie moet zijn dat de overneming van contractsposities in de regel veel zuiverder geschiedt met behulp van contractsoverneming als bedoeld in art. 6:159, dan via de combinatie van cessie en schuldoverneming, maar dat daarvoor wel meer wordt vereist, namelijk medewerking van de wederpartij. Qua vorm maakt het niet veel uit, nu voor cessie, evenals voor contractsoverneming, een akte is vereist.

6.11 Wettelijke indeplaatsstelling

Ten aanzien van een aantal goederen, schulden en rechtsverhoudingen heeft de wetgever van de hiervoor beschreven algemene regels afwijkende regelingen gemaakt. Het betreft allemaal benoemde rechtsverhoudingen,

waarvoor de normale regels van overdracht en overneming onoverkomelijke problemen opleveren. Het is interessant om deze rechtsfiguren even de revue te laten passeren, aangezien die inzicht verschaffen in de door de wetgever aangedragen alternatieve wijzen van overdracht en overgang en de eisen die de wetgever daaraan stelt.

Art. 7A:1612 bepaalt dat door verkoop van het verhuurde een tevoren aangegane huurovereenkomst niet wordt verbroken; beeldend doch juridisch incorrect gezegd: "koop breekt geen huur". De huurovereenkomst gaat als het ware als kwalitatieve last mee over op de nieuwe eigenaar van het gehuurde object. Het is een regel die de medewerkingseis van art. 6:159 buiten spel zet: er treedt van rechtswege indeplaatsstelling op.[296] Soortgelijke regeling treffen we voor de pacht aan in art. 34 Pachtwet. Art. 7A:1635 maakt indeplaatsstelling van een koper van een bedrijf als opvolgend huurder mogelijk.[297] Deze regelingen hebben de bescherming van de positie van de huurder/pachter als achtergrond.

Hoewel huur en pacht in beginsel obligatoire rechtsverhoudingen zijn, krijgen zij hierdoor zakelijke trekken. Ook zonder medewerking van de huurder/pachter vindt indeplaatsstelling van een nieuwe verhuurder/verpachter plaats. De vraag wie de verhuurder of de verpachter is, is kennelijk minder belangrijk dan het waarborgen van de positie van de huurder/pachter jegens de gerechtigde van de zaak. Paradoxaal genoeg wordt een stukje contractsvrijheid van de huurder/pachter geofferd ten behoeve van diens bescherming. Volgens Abas moet men het artikel zien als een artikel dat zuiver uit opportuniteitsoverwegingen is opgenomen.[298]

Ook bij bevrachting treedt indeplaatsstelling op: bij eigendomsovergang van een vervracht schip op een derde volgt deze derde de vervrachter in alle rechten en verplichtingen op, zie de art. 8:375, 894, 530 lid 2 en art. 990 lid 2. Hiervoor geldt mutatis mutandis hetgeen ik hiervoor over huur en pacht schreef.

Voorts kan worden gewezen op art. 7:662 e.v.. Bij overgang van een onderneming als omschreven in art. 7:662, gaan de rechten en verplichtingen, welke op dat tijdstip voor de werkgever voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een in die onderneming werkzame arbeider, van rechtswege over op de verkrijger. Het valt op dat de wet niet spreekt over de overgang van de overeenkomst van bevrachting of van de arbeidsovereenkomst op zich, maar van opvolging in de rechten en verplichtingen. Mijns inziens is die aanduiding minder volledig. Daarmee wordt immers het rechtsgevolg aangeduid dat de indeplaatsstelling met zich brengt. Het is beter gebruik te maken van de term indeplaatsstelling.

---

296 Vgl. Asser-Abas, *Bijzondere overeenkomsten II (huur en pacht)*, 1990, nr. 88 e.v.

297 Vgl. HR 12 mei 1995, NJ 1995, 497.

298 Vgl. Asser-Abas, *Bijzondere overeenkomsten II (huur en pacht)*, 1990, nr. 88.

Mogelijk is evenwel ook om de indeplaatsstelling aan een nadere eis te onderwerpen. Zo bepalen de art. 121 e.v. en 129 e.v. Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, dat een verzekeraar slechts met schriftelijke toestemming van de Pensioen- en Verzekeringskamer en bij akte de rechten en verplichtingen uit of krachtens een of meer overeenkomsten van schadeverzekering casu quo levensverzekering, aan een andere verzekeraar kan overdragen zonder toestemming van degenen die aan de overeenkomsten rechten kunnen ontlenen. De toestemming van de Pensioen- en Verzekeringskamer treedt als het ware in de plaats van de toestemming van die derden. Een dergelijke overdracht kan betrekking hebben op alle of op een deel van dergelijke overeenkomsten. Met overdracht wordt overgang krachtens fusie of (af)splitsing gelijkgesteld.
Twee opmerkingen zijn hierbij te plaatsen. Ook hier valt op dat de wet spreekt van overdracht van rechten en verplichtingen, terwijl waarschijnlijk bedoeld zal zijn dat de overeenkomsten zelf "overgedragen" oftewel overgenomen worden. Anders geformuleerd: dat de overnemer in de betrokken verzekeringsovereenkomsten in de plaats van de oorspronkelijke verzekeraar treedt. In de tweede plaats merk ik op dat in geval van fusie of (af)splitsing een extra eis wordt gesteld in de vorm van de schriftelijke toestemming van de Pensioen- en Verzekeringskamer. Enerzijds doet deze extra eis af aan de eenvoud van de overgang onder algemene titel krachtens fusie en (af)splitsing, anderzijds is de overgang nog altijd eenvoudiger dan wanneer alle verzekeringnemers individueel om medewerking voor de contractsoverneming hadden moeten worden gevraagd. De regeling van schuldeisersbescherming bij fusie en (af)splitsing is kennelijk onvoldoende voor de overgang van verzekeringsovereenkomsten. Een regeling "op maat" was nodig.

7. Duitsland[299]

7.1 Inleiding

In het voorgaande zijn de twee belangrijkste instrumenten die ons recht kent om vermogensbestanddelen die dienstbaar zijn aan bepaalde ondernemingsactiviteiten te realloceren aan een onderzoek onderworpen. Geconstateerd werd dat het ene instrument, de activa-passiva transactie, bij de overdracht van een onderneming (reallocatie van een samenstel van vermogensbestanddelen) voor de praktijk nogal wat hindernissen kent. Niet alleen is een activa-passiva transactie omslachtig maar tevens staan de be-

[299] Dit nummer is vrijwel geheel voorbereid door mr. J.P.W.V. Hopmans, universitair docent aan de Rijksuniversiteit Groningen en kandidaat-notaris te Arnhem, die over dit onderwerp een dissertatie voorbereidt.

schermingsbepalingen die het privaatrecht aan wederpartijen biedt er aan in de weg dat ondernemingen zich zelfstandig (autonoom) en volledig kunnen aanpassen aan de bedrijfseconomische werkelijkheid waarin zij functioneren. Vooruitlopend op de rechtsvergelijkende beschouwingen in dit nummer kan reeds nu worden vermeld dat activa-passiva transacties in Duitsland vergelijkbare hindernissen kennen en dat dit instrument ook daar bij complexe reorganisaties voor de praktijk een moeilijk bewandelbare route is. Voor schuldoverneming is ook in Duitsland toestemming van de schuldeiser vereist (par. 414 en 415f BGB) en voor contractsoverneming is ook medewerking van de wederpartij vereist, ook als staat dat nergens in de wet.[300]

Het andere instrument, rechtsopvolging onder algemene titel krachtens fusie of splitsing, neemt weliswaar de hiervoor geconstateerde hindernissen grotendeels weg doch is gelet op de beperkte toepasbaarheid en de onduidelijkheid die bestaat over de reikwijdte van de vermogensovergang onder algemene titel, niet altijd een (passend) alternatief.

Bij de vervolmaking van de rechtsopvolging onder algemene titel als instrument voor een effectieve reorganisatie zal de aandacht van de wetgever zich enerzijds moeten richten op de vraag hoe het bereik vergroot kan worden en anderzijds op de verhouding tussen (re)organisatievrijheid en contractsvrijheid. De Nederlandse wetgever zou zich hierbij kunnen laten inspireren door de Duitse wetgever en doctrine.

In het hierna volgende zal een korte impressie worden gegeven van de stand van zaken in Duitsland op beide voornoemde punten. Het moge de lezer duidelijk zijn dat gezien de opzet van dit preadvies hierbij geenszins volledigheid is nagestreefd.

7.2 De toepasbaarheid van rechtsopvolging onder algemene titel

In Duitsland is het toepassingsbereik van de vermogensovergang onder algemene titel als reorganisatiemiddel met de inwerkingtreding van het Umwandlungsgesetz (UmwG, hierna: de wet)[301] sterk uitgebreid. De wetgever heeft deze uitbreiding gerealiseerd door de bij reorganisaties direct betrokkenen, namelijk de aan het rechtsverkeer deelnemende juridische entiteiten[302], centraal te stellen. Deze verenigen zich, gaan uiteen of wijzigen hun juridische organisatievorm. De mate waarin het aan hen toebeho-

---

300 V. Rieble, *Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ZIP, heft 8, 18. Jaargang, 1997, p. 301.

301 Wet van 28 oktober 1994, Bundesgesetzblatt I 1994, 3210; inwtr. 1 januari 1995.

302 Lutter in Lutter, *Umwandlungsgesetz*, Köln 2000, par. 1 Rn. 4, par. 3 Rn. 3 en Neye in Lutter (hrsg.), *Kölner Umwandlungsrechtstage*, Köln 1995, p. 7.

rende en ten dienste staande vermogen door deze wijzigingen wordt beroerd, hangt af van de reorganisatievorm. De overdracht van vermogen wordt gezien als een toebedeling aan een andere vermogensdrager, die al dan niet een andere rechtsvorm heeft.[303] De wetgever duidt de verschillende juridische entiteiten als rechtsdragers ("Rechtsträgers"). De term rechtsdrager is een algemeen begrip waartoe niet alleen de rechtspersoon, maar ook natuurlijke personen en samenwerkingsverbanden zonder rechtspersoonlijkheid[304] behoren. Met behulp van dit begrip wordt het mogelijk rechtsopvolging onder algemene titel breder toepasbaar te maken. Vrijwel alle in Duitsland bekende rechtspersonen, natuurlijke personen en samenwerkingsverbanden kunnen als rechtsdrager mitsdien gebruik maken van de hierna nog te noemen rechtsfiguren die in de door de wetgever aangegeven gevallen rechtsopvolging onder algemene titel bewerkstelligen.[305]
Deze rechtsfiguren zijn de fusie ("Verschmelzung"), de splitsing ("Spaltung") en de vermogensoverdracht ("Vermögensübertragung"). Splitsing is het verzamelbegrip voor drie te onderscheiden vormen: "Aufspaltung", "Abspaltung" en "Ausgliederung". "Aufspaltung" is te vergelijken met zuivere splitsing, "Abspaltung" en "Ausgliederung" met afsplitsing respectievelijk de hybride splitsing. Vermogensoverdracht ("Vermögensübertragung") is een bijzondere vorm van splitsing gericht op overheidsvennootschappen en (publiekrechtelijke) verzekeringsmaatschappijen.
In de achterin deze uitgave als bijlagen 1 en 2 opgenomen schema's wordt een overzicht gegeven van de toepassingsmogelijkheden van fusie en (af)splitsing naar Duits recht, waarbij dient te worden aangetekend dat:

- een ontbonden rechtsdrager als overdragende rechtsdrager bij fusie en splitsing betrokken kan zijn (par. 3 Abs 3, 124 Abs. 2 UmwG);
- dat rechtsvormongelijkheid niet aan fusie of splitsing in de weg staat (par. 3 Abs 4, 124 Abs. 2 UmwG);

---

303 Vgl.: Kallmeyer in Kallmeyer, *Umwandlungsgesetz*, Köln 2001, par. 1 Rn. 2.

304 Hierbij dient te worden bedacht dat de vof, de cv, de cv op aandelen, de Partnerschaft (maatschap speciaal voor vrije beroepsbeoefenaren) en de openbare maatschap (Außen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts) naar Duits recht "Rechtsfähig" (rechtsbekwaam) zijn (zie par. 124 HBG en par. 7 PartGG). Dit betekent onder meer dat zij eigenaar van vermogensbestanddelen kunnen zijn. Dat de openbare maatschap Rechtsfähig is, werd pas recent – op 29 januari 2001 – door het Bundesgerichtshof bepaald. Over dit arrest en de impact daarvan: W. Hadding, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2001, nr. 5, p. 713-743, K. Schmidt, Die BGB- Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, Neue Juristische Wochenschrift, 2001, p. 993-1003 en P. Ulmer, Die höchstrichterlich "enträtselte" Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Zeitschrift für Witschaftsrecht, ZIP 2001, p. 585-599.

305 Lutter in Lutter, *Umwandlungsgesetz*, Köln 2000, Einleitung Rn. 37.

- dat de Duitse wetgever vermogensovergang krachtens fusie en splitsing alleen mogelijk maakt tegen toekenning van aandelen of lidmaatschapsrechten (par. 2 en 123 UmwG).

7.3 *Overgang onder algemene titel: het spanningsveld tussen (re)organisatievrijheid en contractsvrijheid*

Ook in Duitsland worstelt men met het probleem van de omvang van de rechtsopvolging onder algemene titel bij fusie en (af)splitsing. Onduidelijk is of bepaalde bijzondere rechtsfiguren (ongewijzigd) onder algemene titel over kunnen gaan. Als voorbeelden kunnen worden genoemd: hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen, onoverdraagbare rechten, lidmaatschapsbetrekkingen en vruchtgebruik.[306]
In Duitsland is de discussie over de omvang van de rechtsopvolging onder algemene titel vooral losgekomen naar aanleiding van de introductie van de mogelijkheid van afsplitsing. Anders dan bij fusie of zuivere splitsing kunnen partijen hier de overgang onder algemene titel van één of meer specifieke vermogensbestanddelen en/of rechtsverhoudingen bewerkstelligen, terwijl de afsplitsende rechtsdrager blijft voortbestaan. Meer nog dan bij fusie en zuivere splitsing heeft deze rechtsfiguur het karakter van een beschikkingshandeling. De verhouding tussen de reorganisatievrijheid en de contractsvrijheid wordt aldus, meer nog dan bij fusie en zuivere splitsing, op scherp gezet. De overgang onder algemene titel zet immers de beschermingsbepalingen van het privaatrecht en eventuele contractuele beperkingen aan de overdraagbaarheid aan de kant. Dreigt hier geen onbedoelde mogelijkheid om deze bepalingen te ontgaan?
De discussie bij onze oosterburen spitst zich toe op de toepassing van twee artikelen uit de wet, namelijk par. 131 Abs. 1 Alt. 1 en 132 UmwG.[307] In het eerste artikel is bepaald dat vermogensbestanddelen die niet krachtens een rechtshandeling overgedragen kunnen worden, verblijven bij de afsplitsende rechtsdrager. Het tweede artikel bepaalt dat algemene voorschriften

---

306 Vgl. Verstappen 1996, par. 6.4 en 6.10.6, alsmede V. Rieble, *Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ZIP, heft 8, 18. Jaargang, 1997, p. 305 e.v.

307 Dit onderwerp behoort tot de meest omstreden regelingen van het Umwandlungsgesetz, vgl. Chr. Aha, *Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge bei der Ausgliederung?*, Die Aktiengesellschaft, 1997, nr. 8, p. 351; Heribert Heckschen, Die Entwicklung des Umwandlungsrechts aus Sicht der Rechtsprechung und Praxis, DB Heft 27/28 (1998), p. 1397; L. Fuhrmann en S. Simon, *Praktische Probleme der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung*, Die Aktiengesellschaft 2000, nr. 2, p. 55. Recentelijk heeft de DAV-handelsrechtsausschuss voorgesteld deze bepaling "ersatzlos zu streichen" zie Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, ZIP 2000, nr. 37, p. VI. Vgl. ook ZIP-Report. RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1997, p. 1986-1987.

die de overdraagbaarheid van een bepaald vermogensbestanddeel uitsluiten of aan bepaalde voorwaarden verbinden of die de overdracht afhankelijk stellen van goedkeuring van een overheidsinstantie, onverkort gelden ten aanzien van de overgang onder algemene titel krachtens splitsing. Voorts geldt dat contractuele beperkingen van de overdraagbaarheid (als bedoeld in § 399 BGB) aan overgang onder algemene titel krachtens afsplitsing in de weg staan.
Langs verschillende wegen[308] komen de diverse auteurs tot de conclusie dat de beperkingen die met name par. 132 UmwG aanbrengt op het beginsel van overgang onder algemene titel niet gelden indien het "Umgehungs"-Gefahr niet dreigt. Hiervan is volgens de auteurs alleen sprake bij de overdracht van een vermogenscomplex dat valt te kwalificeren als een onderneming of een deel van een onderneming. Het gaat er immers louter en alleen om de reorganisatievrijheid van ondernemingen te vergroten en de processen hiertoe te vereenvoudigen. Het grote voordeel bij Gesamtrechtsnachfolge zou wegvallen als dergelijke beperkingen van toepassing zouden zijn op alle vormen van Gesamtrechtsnachfolge.

Met name Rieble heeft erop gewezen dat hier duidelijk een spanningsveld bestaat tussen enerzijds de (re)organisatievrijheid van ondernemingen en anderzijds de contractsvrijheid:
"Das Umwandlungsanliegen der beteiligten Rechtsträger kann nicht beliebige Eingriffe in Vertragsrechte Dritter rechtfärtigen. Erforderlich ist vielmehr ein Ausgleich zwischen dem allgemeinen zivilrechtlichen Vertragsrechtsschutz des Dritten und dem Umwandlungsbedürfnis der beteiligten Rechtsträger, der nur aus einer Gesamtschau von Vertragsrecht und Umwandlungsrecht gewonnen werden kann. Diese Gesamtschau fehlt bislang, weil das Umwandlungsrecht die vertragsrechtlichen Folgefragen weithin ignoriert."[309]
En:
"Für Verschmelzung und Spaltung wie für den Formwechsel ist der Eingriff in die Freiheit der Vertragspartnerwahl ebenfalls gerechtfertigt. Nur so kann den Unternehmensträgern mehr Organisationsfreiheit eingeräumt werden. Die rechtsordnung nimmt hier eine notwendige ausgleichende Entscheidung zwischen zwei kollidierenden Interessen vor. Entweder räumt

---

308 Teichmann in Lutter, *Umwandlungsgesetz*, Köln 2000, § 132, Kallmeyer in Kallmeyer, *Umwandlungsgesetz*, Köln 2001, par. 132, Hennrichs, *Die Aktiengesellschaft 1993*, p. 509-512, Mertens, *Die Aktiengesellschaft 1994*, p. 66-78, Aha, *Die Aktiengesellschaft 1997*, p. 350-352, Fuhrmann/Simon, *Die Aktiengesellschaft 2000*, p. 55- 58 en Mayer, *GmbH-Rundschau 1996*, p. 403-413.

309 V. Rieble, *Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ZIP, heft 8, 18. Jaargang, 1997, p. 303.

man dem Vertragspartner und seinem Übertragungsverbot den Vorrang ein: Dann hätte jede längfristige Vertragsbindung notwendig zur Folge, dass die liquidationslose Umwandlung unter Zustimmungsvorbehalt des Vertragspartners steht. Oder die Umwandlungsfreiheit genießt den Vorrang. Dann ist der Eingriff in die Vertragsfreiheit notwendige Folge. Hinzu kommt Folgendes: Wer eine Rechtsbeziehung zu einer Gesellschaft eingeht, muss grundsätzlich damit rechnen, dass sich der Bestand der Gesellschafter verändert. Sein Recht auf identität des Vertragspartners ist von vornherein geschmälert."[310]
Opmerkelijk is dat ook Rieble het contracteren met een rechtspersoon vanuit het oogpunt van de contractsvrijheid een andere betekenis geeft dan het contracteren met natuurlijke personen. Vgl. ook nummer 5.5.3 hiervoor.
Rieble formuleert als "Minimalkorrektiv" op de voorrang van de organisatievrijheid, de figuur van de "Kündigung aus wichtigem Grund":
"Entscheidet sich der Vertragspartner für die Kündigung aus wichtigem Grund, muss er mit dem Verlust seiner Vertragsrechte bezahlen. Aber das ist Konsequenz der Wertung des Umwandlungsgesetzes, das sein Interesse am Fortbestand des bisherigen Vertragspartners geringer schätzt als dessen Organisationsfreiheit."[311]

8 Overdracht onder algemene titel

8.1 Inleiding

In het voorgaande heb ik getracht aan te tonen:
- dat de regeling van vermogensovergang onder algemene titel mijns inziens een te beperkt bereik heeft;
- dat de gevolgen van de rechtsopvolging onder algemene titel die zich bij fusie en (af)splitsing voltrekken, door de wetgever voor diverse rechtsfiguren niet of onvoldoende zijn uitgewerkt;
- dat de klassieke methode van reorganisatie van vermogen, te weten de activa-passiva transactie, als omslachtig wordt ervaren doordat voor overdracht van goederen afhankelijk van de aard van de over te nemen goederen uiteenlopende eisen worden gesteld en de voorschriften voor overdracht van goederen enerzijds en overneming van schulden en overeenkomsten anderzijds ook verschillen, evenals dat geldt voor de rechtsgevolgen van deze rechtsfiguren.

De vraag die in dit laatste onderdeel aan de orde komt, is of het niet wenselijk is reallocatie van vermogensbestanddelen te vereenvoudigen. Is het mogelijk om verschillende vermogensbestanddelen bij één rechtshandeling

310 V. Rieble 1997, p. 305.
311 Zie vorige noot.

van de ene persoon over te hevelen naar de andere? Is het niet gewenst om de verschillende (vorm)vereisten voor overdracht van goederen, voor schuld- en contractsoverneming beter te stroomlijnen met het oog op de overgang van meerdere vermogensbestanddelen ineens? Geldt dit niet evenzeer voor de rechtsgevolgen van overdracht, schuld- en contractsoverneming? Is het niet tijd om in de wet een regeling van overdracht "onder algemene titel" op te nemen?

8.2 De behoefte aan een dergelijke regeling

De wetgever heeft bij de introductie van fusie en (af)splitsing (bij de laatste rechtsfiguur meer nog dan bij de eerste) als doel voorop gesteld de vereenvoudiging van het aangaan van samenwerkingverbanden.[312]
De behoefte aan een algemene regeling van overdracht van vermogen onder algemene titel ligt vooral daar waar veelvuldig vermogen wordt overgedragen en de huidige regelingen van rechtsopvolging onder algemene titel door fusie of (af)splitsing vanwege hun beperkt bereik niet gebruikt kunnen worden. Heel algemeen gezegd in die gevallen waarbij verschillende soorten rechtspersonen betrokken zijn of in die gevallen waarbij natuurlijke personen als overdrager of overnemer betrokken zijn. Men kan ter illustratie op de volgende voorbeelden wijzen:

- inbreng in kapitaalvennootschappen bij de oprichting of bij de latere uitgifte van aandelen;
- het realloceren van vermogen binnen een groep van rechtspersonen zonder dat structuurwijziging plaatsvindt;
- het uit- en toetreden van vennoten van personenvennootschappen;
- de overdracht van ondernemingen door of aan natuurlijke personen in het algemeen;
- de uitkering van vermogen bij ontbinding van rechtspersonen;
- verdeling van algemeenheden van goederen en de overdracht van een aandeel in een algemeenheid van goederen.

Dergelijke vermogenscomplexen zouden moeten kunnen worden overgedragen door één algemeen werkende rechtshandeling, zonder dat steeds de voor de afzonderlijke bestanddelen van het betreffende vermogenscomplex voorgeschreven leverings- en overnemingshandelingen hoeven te worden verricht. Daar is reeds eerder van verschillende zijden op aangedrongen.[313]

---

312 Zie MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 2.

313 Zie ook J.B. Huizink, *De onderneming in Boek 3 BW*, WPNR 6249 (1996), waarin hij bepleit een algemene regeling van overdracht onder algemene titel in Boek 3 op te nemen. Raaijmakers bepleit dat elke rechtsdrager zijn onderneming geheel of gedeeltelijk moet kunnen afsplitsen, M.J.G.C. Raaijmakers, *Uitbreiding juridische*

Belangrijk is dat het uiteindelijk de wens van de Tweede Kamer zelf was (en is?) om de overdracht van een handelszaak wettelijk te regelen. Mijns inziens is aan die wens met de invoering van de art. 6:155 t/m 159 en 251 slechts ten dele tegemoet gekomen.
De behoefte aan een dergelijke regeling is er. Zij geniet al enige tijd de belangstelling van de Europese wetgever.[314] De vraag is hoe die er uit zou behoren te zien. Om deze vraag te beantwoorden ga ik eerst nog even in op de figuur van de algemeenheid van goederen.

8.3 De algemeenheid van goederen

Indien men de hergroepering van vermogensbestanddelen verder zou willen vergemakkelijken, komt de vraag op of de figuur van de algemeenheid van goederen daarbij enige rol van betekenis kan spelen. Uit hetgeen hiervoor onder nummer 6.7 reeds is geschreven over de parlementaire geschiedenis inzake het begrip algemeenheid van goederen volgt, dat die figuur in het verleden een rol heeft gespeeld in het kader van de door mij in dit onderdeel van het preadvies aangesneden problematiek.
Uit die geschiedenis volgt in de eerste plaats, dat de algemeenheid van goederen hoofdzakelijk wordt gesitueerd in het kader van de gemeenschap.[315] Aanvankelijk kende art. 3.1.1.11 lid 1 een limitatieve opsomming van als zodanig erkende algemeenheden van goederen: de nalatenschap, de huwelijksgemeenschap, de onderneming, het vennootschapsvermogen en het door giften voor een bepaald tijdelijk doel bijeengebracht vermogen. Later werd deze opsomming vervangen door een algemene omschrijving: goederen, of goederen en schulden, kunnen tezamen als algemeenheid van goederen het voorwerp van een rechtshandeling zijn, indien zij volgens verkeersopvatting gezien de aard der rechtsverhouding, bijeen horen. Deze omschrijving bood meer ruimte voor rechtsontwikkeling.[316] Art. 3:189[317] bevat dan ook enkele door de wetgever als bijzondere gemeenschappen erkende algemeenheden van goederen: de nalatenschap, de gemeenschap van goederen, de maatschap, de vennootschap, de rederij en de gemeenschap van appartementseigenaars. Het recht ziet dergelijke ge-

---

fusie en (af)splitsing, WPNR 6280 (1997), p. 520 en dezelfde auteur: *Over splitsing van vennootschappen* in Jurist in Bedrijf, 1980, p. 119-151; *Naar een wettelijke regeling van de (af)splitsing* in Iusta Causa, p. 80 e.v. en *Economische en Juridische splitsing*, TVVS, 1996, p. 185 e.v.

314 P. Jacob, *De aanbeveling van de Europese Commissie inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen*, WPNR 6238 (1996), p. 677 e.v.

315 Vgl. bijvoorbeeld TM, parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 98.

316 Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 22 en 97-104.

317 Het oude wetboek kende slechts sporadisch bepalingen over algemeenheden van goederen, vgl. artt. 601, 606, 904 en 905 BW (oud).

meenschappen als eenheid (en wel ongeacht de aard, omvang of waarde van de daartoe behorende vermogensbestanddelen, dus geen universitas facti, wel een universitas iuris). Dat is reden om daarop bijzondere regels van toepassing te verklaren.[318] Aldus wordt echter ten onrechte de indruk gewekt dat van een algemeenheid van goederen alleen sprake is indien die tussen twee of meer personen bestaat.

Het nut van de figuur van de algemeenheid van goederen kan worden gevonden in de rechtsgevolgen die de NBW-wetgever voor ogen had. Deze waren:

a. de toepasselijkheid van het beginsel van zaaksvervanging (art. 3.1.1.11 lid 2; dit wordt door Meijers het voornaamste rechtsgevolg van de algemeenheid van goederen beschouwd);[319]
b. een ander regime voor overdracht (art. 3.4.2.9);
c. de onmogelijkheid om te kunnen beschikken over een aandeel in een tot de algemeenheid behorend goed afzonderlijk (art. 3:190);
d. de "universitatis petitio", oftewel de mogelijkheid de algemeenheid als één geheel op te vorderen;[320]
e. de mogelijkheid beperkte rechten op de algemeenheid te vestigen (art. 3:222 en 3.9.3.1 lid 4).

Uit de in deze opsomming voorkomende telefoonnummering blijkt al welke beoogde regelingen niet over de meet zijn gekomen. Alleen de artt. 3:190 en 222 hebben het gered. De regeling van overdracht van een algemeenheid (art. 3.4.2.9) is echter op twee andere plaatsen in ons BW min of meer verscholen in zekere opzichten toch nog nader uitgewerkt: art. 6:155 t/m 159 (schuld- en contractsoverneming) en art. 6:251 (kwalitatieve rechten).

Met deze wetsgeschiedenis in het achterhoofd verbaast het niet dat ons vermogensrecht in de Boeken 3 en 6 maar weinig bepalingen kent die zien op de algemeenheid van goederen. Naast voormelde bepalingen kan nog gewezen worden op de art. 3:189 t/m 194. Men heeft er bewust van afgezien de algemeenheid van goederen als zodanig te regelen.[321]

Een en ander neemt evenwel niet weg dat buiten het vermogensrecht bepalingen zijn aan te treffen die specifiek zien op bepaalde algemeenheden,

---

[318] Niet van belang is of er een innerlijke samenhang bestaat tussen de vermogensbestanddelen, maar wel of het recht een vermogen als eenheid beschouwt omdat wettelijke bepalingen een dergelijk vermogen als object van regelgeving behandelen en niet de daartoe behorende afzonderlijke goederen en/of schulden; zie J. de Ruijter, *Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het Ontwerp-Burgerlijk Wetboek*, Zwolle 1963, p. 51.

[319] TM, parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 98.

[320] TM, parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 99.

[321] Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 1026.

zoals de onderneming. Men denke aan de Handelsregisterwet, de Handelsnaamwet, de Wet op de ondernemingsraden, art. 7:662 e.v. (overgang van ondernemingen en arbeidsovereenkomsten), art. 6:236 sub e en de SER-fusiegedragsregels. Hebben we de algemeenheid van goederen nu wel nodig?

Uit de figuur van de algemeenheid van goederen spreekt de eenheidsgedachte. De eenheid wordt bij de verschillende door de wetgever benoemde algemeenheden gevonden:

- in het gegeven dat het vermogen toebehoorde aan één natuurlijke persoon die is overleden en waarvan de nalatenschap in het belang van het rechtsverkeer met het oog op de positie van schuldeisers en erfgenamen moet worden afgewikkeld;
- in het gegeven dat er door boedelmenging één gemeenschappelijk vermogen tussen twee personen die met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan bestaat (de gemeenschap van goederen);
- in het gegeven dat tussen twee of meer personen vermogen bij elkaar is gebracht dat dienstbaar is gemaakt aan één commercieel doel (de personenvennootschap en de rederij);
- alsmede in het gegeven dat alle gemeenschappelijke belangen van de appartementseigenaars van een appartementencomplex geregeld worden in het kader van één gemeenschap van appartementseigenaars.

De behoefte bestaat om de daartoe behorende vermogensbestanddelen in het belang van bepaalde belanghebbenden (deelgenoten, schuldeisers) als eenheid te beschouwen. Hetgeen verschillende vermogensbestanddelen aldus in juridisch zin tot eenheid smeedt, verschilt echter nogal. Wel kan gesteld worden dat voor alle benoemde algemeenheden van goederen van het reguliere vermogensrecht afwijkende verhaalsregels voor schuldeisers gelden. Zij vormen daarom afgescheiden vermogens. Het gegeven dat sprake is van een afgescheiden vermogen, hoeft overigens niet altijd te leiden tot de aanwezigheid van een gemeenschap.

Mogelijk is echter ook dat de eenheid gevonden wordt in de titel op grond waarvan verkregen wordt (dus de rechtsverhouding die ten grondslag ligt aan de verkrijging); die rechtsverhouding kan een algemene zijn, dat wil zeggen: zien op de verkrijging van meerdere goederen. Ik noem de koop van een onderneming[322] of van een nalatenschap (art. 7:48) en het vruchtgebruik op een algemeenheid van goederen (art. 3:222). Het is deze obligatoire rechtsbetrekking die voor wat betreft de verkrijging, een algemeen

[322] Vgl. ook A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Band II, Leipzig 1886, noot 2, p. 533-534, geciteerd aan het begin van dit preadvies.

karakter heeft, de eenheid indiceert: er is één titel op grond waarvan vermogen wordt verkregen. Waar in de praktijk de behoefte wordt gevoeld om meerdere vermogensbestanddelen ineens te doen overgaan, komt deze invalshoek van de eenheidsgedachte tot uitdrukking. Vanuit deze invalshoek bekeken, zou men kunnen beargumenteren dat hetgeen object is van een dergelijke algemene overdrachtshandeling als algemeenheid van goederen te beschouwen is. Daarmee wordt een belangrijke stap gezet: de algemeenheid van goederen is niet langer voorwaarde voor overdracht onder algemene titel, maar de behoefte aan overdracht onder algemene titel creëert de algemeenheid van goederen. Deze constatering is van groot belang voor het antwoord op de vraag wat het bereik van de regeling kan en behoort te zijn. Zie nummer 8.8 hierna. Tegelijk toont zij de beperkte betekenis van het begrip algemeenheid van goederen aan.

8.4 De algemeenheid van goederen als zelfstandig overdraagbaar goed?

Wie de overdraagbaarheid van een algemeenheid van goederen als complex van goederen, schulden en rechtsverhoudingen wil vereenvoudigen zou ook als volgt kunnen redeneren. Het recht kan hetgeen overgedragen moet worden, bijvoorbeeld een onderneming, als één *overdraagbaar goed* zien, dus als zelfstandig, voor goederenrechtelijke rechtshandelingen vatbaar object. Deze oplossing zou men de object-benadering kunnen noemen. In dat geval is geen sprake van opvolging onder algemene titel, omdat dan het object van de opvolging één goed is. Met deze constructie zou een fictie in het leven worden geroepen als hulpmiddel om overdracht of overgang van vermogen eenvoudig gestalte te geven. Zij is al vaker geopperd.[323]
Dat lijkt de meest eenvoudige oplossing, maar schijn bedriegt. De constructie roept op zichzelf meer vragen op dan zij oplost. Wordt hetgeen tot die algemeenheid behoort ergens beschreven? Wordt die algemeenheid als zelfstandig goed geregistreerd? Waar dan? Wat is het juridische argument, de rechtsgrond, die de tot de onderneming behorende goederen en schulden ondergeschikt maakt aan de onderneming, als ware het een bestanddeel, hulp- of bijzaak? Lees ik hem goed, dan zijn dit ook de belangrijkste bezwaren die De Ruiter[324] tegen het begrip algemeenheid van goederen inbrengt. Ook Meijers is niet gecharmeerd geweest van deze oplossing, al heeft hij met art. 3.4.2.9 lid 3 wel een stap in deze richting gezet.[325] Ook ik

---

323 Meijers, *Algemene begrippen*, p. 141 e.v.; S. Gerbrandy, *Industrieele eigendom en subjectief recht (1946)*, p. 212 e.v.; F. Molenaar, *Orde op zaken*, Zwolle 1965, alsmede diens proefschrift *Een hele onderneming*, Zwolle 1973 en J. de Ruiter 1963, p. 70 e.v., D.C.J.A. van Engelen, *Vermogensrechten op onstoffelijke goederen; overdraagbaarheid naar NBW*, NJB 1991, afl. 11, p. 432.

324 De Ruiter 1963, p. 64 e.v. en 80 e.v.

325 TM, parlementaire geschiedenis Boek 3 BW, p. 99.

meen dat we deze weg niet moeten volgen. De weg leidt tot talrijke moeilijk oplosbare problemen. Hij past voorts niet in het systeem van ons recht. Het recht ziet dergelijke algemeenheden in dit opzicht niet als één goed. Het specialiteitsbeginsel[326] dat met name bij overdracht een grote rol speelt, verzet zich tegen concrete toepassing van de eenheidsgedachte op dit punt.

8.5 De algemeenheid van goederen als rechtspersoon?

Een andere mogelijke oplossing is, dat aan de algemeenheid van goederen als zodanig, of aan de dragers van zodanige algemeenheid, rechtspersoonlijkheid wordt toegekend.[327] Zie ik het goed, dan lijkt deze oplossing in het Duitse recht te worden gevolgd door samenwerkingsverbanden zonder rechtspersoonlijkheid "rechtsfähig" te verklaren: het zijn weliswaar geen rechtspersonen, maar zij hebben wel gedeeltelijk de bevoegdheden als van een rechtspersoon, bijvoorbeeld het zijn van rechtssubject voor het aan hen dienstbare vermogen.[328] Consequent doorgeredeneerd zou het dan ook niet moeten uitmaken of de dragers van de algemeenheid meerdere personen zijn, dan wel één ondernemer.[329] Er is veel voor te zeggen dat de eenmansonderneming ook een algemeenheid van goederen vormt, die op gelijke wijze als het vermogen van een personenvennootschap behoort te worden behandeld: in geval van verhaal voorrang aan zaaksschuldeisers.[330] In het kader van de nieuwe wetgeving inzake personenvennootschappen wordt thans gedacht aan de mogelijkheid personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid te verlenen.[331]

---

326 De Ruiter 1963, p. 32.

327 Vgl. J.J.G. van Roosmalen, Preadvies NJV 1966, *Dient de wet regelen te geven betreffende de onderneming als voorwerp van rechtshandelingen?*, Tjeenk Willink Zwolle 1966, p. 96, alsmede H. Wiedemann, *Personengesellschaft*, Vertrag Oder Organisation? ZGR 1996, nr. 2, p. 286 e.v.

328 zie voetnoot 304.

329 Vgl. over de eenmanspersonenvennootschap ook R. Weimar, *Einmans-Personengesellschaften – ein neuer Typ des Gesellschaftsrechts?*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 18. jrg. 1997, p. 1769 e.v.

330 Zie in Duitsland schoorvoetend R. Weimar, *Einmans-personengesellschaften*, ein neuer Typ des Gesellschaftsrechts?, ZIP, nr. 41, p. 1769 e.v.

331 Zie Vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake personenvennootschappen, verslag van de vergadering van de Vereeniging Handelsrecht van 6 november 1998, met name de als bijlage 1 opgenomen notitie Maeijer, nr. 3, het als bijlage 2 opgenomen advies van de gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, het als bijlage 3 opgenomen standpunt van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen en de als bijlage 4 opgenomen brief van de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf, die allemaal voor de invoering van de personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid kiezen.

Deze oplossing, die men de subject-benadering zou kunnen noemen, zou wellicht iets beter passen in het systeem van de wet. De erfgenamen zijn als een soort aandeelhouder gerechtigd tot de nalatenschap als rechtspersoon, de echtgenoten zijn als "aandeelhouder" gerechtigd tot de huwelijksgemeenschap als rechtspersoon, en de ondernemer is als aandeelhouder gerechtigd tot zijn onderneming etc. Het is een oplossing die vooral Schoordijk zal behagen[332], maar ook in deze constructie zitten we met allerlei vragen: ontstaat de rechtspersoon als zodanig met het overlijden van erflater of met het aangaan van een huwelijk in gemeenschap van goederen? Ontstaat de rechtspersoon met het starten van een onderneming? Hoe gaan de goederen tot die rechtsdrager behoren? Vindt inbreng plaats? Ik meen dat Honée daarover in de discussie over het al dan niet toekennen van rechtspersoonlijkheid aan personenvennootschappen ter vergadering van de Vereeniging "Handelsrecht" van 1998 behartigenswaardige woorden heeft gesproken.[333] De oplossing voor de goederenrechtelijke problemen die bestaan bij uit- en toetreden van vennoten worden weliswaar in hoge mate opgelost, maar er ontstaan weer twee andere problematieken: a. wanneer ontstaat de rechtspersoon; en b. hoe wordt de rechtspersoon gerechtigd tot het vermogen? De vraag of we met die constructie per saldo verder komen, kan niet zonder meer bevestigend worden beantwoord.

Ik meen dat ook deze constructie om meerdere redenen niet goed past in het systeem van de wet en dus verworpen moet worden als methode voor realloceren van vermogen. Naar geldend recht hebben we te maken met een gesloten stelsel van rechtspersonen, waarbij ontstaan en tenietgaan aan bepaalde voorschriften gebonden is. Met name het causale stelsel van overdracht maakt dat traceerbaar behoort te zijn wie achtereenvolgens gerechtigde tot de tot de algemeenheid behorende goederen is geweest. De constructie dat vermogensbestanddelen ineens gaan toebehoren aan een rechtspersoon die plots ontstaat, zonder dat deze verkrijging ergens geregistreerd staat, moet in ieder geval verworpen worden.

Indien het doel is om vermogen(sbestanddelen) op eenvoudige wijze van de ene rechtsdrager naar de andere te doen overgaan, is het een betrekkelijk lastige en lang niet in alle gevallen bruikbare methode om er als het ware een rechtspersoon tussen te schuiven. De "aandeelhouders" zouden vervolgens hun aandelen daarin kunnen overdragen, waarna de verkrijger weer tot ontbinding o.i.d. van die rechtspersoon zou moeten overgaan om het vermogen op naam te krijgen. Dat is een omweg.

---

[332] Vgl. H.C.F. Schoordijk, *Mede-eigendom, gemeenschap en rechtspersoonlijkheid*, Zwolle 1983.

[333] Zie het verslag, p. 5-6.

Een andere, meer voor de hand liggende weg behoort te worden bewandeld. Als de overdracht van een algemeenheid als zodanig niet mogelijk en ook niet wenselijk is, waarom dan niet de weg inslaan van de overdracht van vermogensbestanddelen onder algemene titel?[334] De algemeenheid van goederen wordt daarmee niet als één goed overgedragen, maar de daartoe behorende bestanddelen worden door één leverings- en overnemingshandeling overgedragen aan de verkrijger, evenals de verkrijging van de vermogensbestanddelen gebaseerd is oftewel gerechtvaardigd wordt door één titel, één rechtsgrond. Het begrip algemeenheid van goederen hebben we daarvoor eigenlijk niet nodig: het maakt de problematiek onnodig ingewikkeld(er).[335]

Het is merkwaardig dat deze tussenweg nog maar betrekkelijk weinig aandacht heeft gekregen. Toch verdient zij onze aandacht, omdat het onder de huidige wetgeving het meest voor de hand ligt juist die weg te bewandelen. De nieuwe regeling van (af)splitsing bevat in de kern immers reeds een blauwdruk voor een dergelijke regeling van "overdracht onder algemene titel".

Een algemene regeling die overdracht van vermogen onder algemene titel mogelijk maakt zal ten opzichte van de fusie- en (af)splitsingsregeling enerzijds en overdracht, schuld- en contractsoverneming anderzijds toegevoegde waarde hebben indien:

- de overdracht tussen een of meer natuurlijke personen onderling, tussen een of meer rechtspersonen onderling danwel tussen enerzijds een of meer natuurlijke en anderzijds een of meer rechtspersonen plaats kan vinden, en wel ongeacht het statuut van de betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen;
- de overdracht mogelijk is onafhankelijk van al dan niet tezelfdertijd eventueel plaatsvindende interne wijzigingen van de eventueel daarbij betrokken rechtspersonen;
- de overdracht bij één rechtshandeling plaatsvindt en niet behoeft te voldoen aan de uiteenlopende eisen die thans aan levering en schuld- en contractsoverneming worden gesteld;
- de overgang, de daadwerkelijke verkrijging van goederen en het overgaan van schulden en contractsposities, in ieder geval in de relatie overdrager/overnemer op één moment plaatsvinden.

---

334 Winter vestigt daarop in zijn interventie ter vergadering van de Vereeniging Handelsrecht de aandacht en wijst op art. 7.13.1.16 lid 3 van het ontwerp.

335 Vgl. in gelijke zin J. de Ruiter 1963, p. 120 en 141.

In verband hiermee dient een dergelijke overdracht mijn inziens te voldoen aan de volgende randvoorwaarden:

1. dat voldoende bepaald wordt welke goederen, schulden en rechtsverhoudingen worden overgedragen;
2. dat de overdracht kenbaar is;
3. dat de belangen van schuldeisers van zowel de overdrager als van de overnemer voldoende gewaarborgd zijn;
4. dat de belangen van contractspartijen voldoende gewaarborgd zijn;
5. dat de handelende persoon zelf voldoende beschermd wordt tegen dergelijke ingrijpende vermogensrechtelijke rechtshandelingen.

Deze eisen zullen niet verbazen na kennisneming van de (af)splitsingregeling. Niettemin zal ik deze vijf eisen nog even de revue laten passeren en voorzien van een paar kanttekeningen.

Ad 1. Bepaaldheidseis of het specialiteitsbeginsel

Van groot belang is dat op de een of andere manier vastligt welke goederen, schulden of rechtsverhoudingen onder algemene titel worden overgedragen. Er is geen overdracht mogelijk indien niet bepaald of bepaalbaar is wat precies overgedragen wordt. Anders geformuleerd: goederenrechtelijke rechtshandelingen kunnen slechts door beschikking over afzonderlijke zaken worden gesteld. Daarop behoort de overdracht onder algemene titel geen uitzondering te vormen.

Daarbij zullen dezelfde eisen van bepaalbaarheid van de in de overgang betrokken goederen moeten gelden.[336] Het is deze noodzakelijke eis die veel van de eenvoud van verkrijging onder algemene titel, zoals bij fusie, wegneemt.[337] Op dit punt vind ik dat de nieuwe regeling dezelfde eisen van bepaalbaarheid als bij overdracht en vestiging van beperkte rechten moet stellen. De rechtszekerheid verlangt dit nu eenmaal.

Ad 2. Het publiciteitsbeginsel

Dat voldoende publiciteit moet worden gegeven aan een dergelijke overgang, houdt ook verband met de rechtszekerheid. In het belang van de

---

336 Zo ook in Duitsland, zie L. Fuhrmann en S. Simon, *Praktische Probleme der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung*, Die Aktiengesellschaft 2000, nr. 2, p. 54-55; Chr. Aha, *Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge bei der Ausgliederung?*, Die Aktiengesellschaft, 1997, nr. 8, p. 351, rechter kolom, alsmede par. 126 abs. 2 S. 1 UmwG.

337 Vgl. L. Fuhrmann en S. Simon, *Praktische Probleme der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung*, Die Aktiengesellschaft 2000, nr. 2, p. 54, waar zij gewag maken van een Ausgliederung waarbij 300.000 zogenaamde Grunddienstbarkeiten verdeeld over 70 kadasterkantoren overgingen op een andere rechtspersoon. De akte bevatte meerdere duizenden pagina's. Het paraferen van de akte duurde alleen al enkele uren. Vgl. ook H. Bungert, *Die Übertragung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten bei der Spaltung*, Betriebs-Berater 1997, nr. 18, p. 897 e.v.

rechthebbende zelf, maar ook van schuldeisers moet de overdracht traceerbaar zijn. De gerechtigde aan wie overgedragen is, ontleent aan de overdracht een titel. Die titel legitimeert hem naar derden als gerechtigde en derden zouden aan die titel bescherming kunnen ontlenen. Schuldeisers willen weten welke goederen van de schuldenaar door hen tot verhaal kunnen worden genomen.
Daarbij zou gebruik kunnen worden gemaakt van de bestaande openbare registers: van de plaats gehad hebbende overgang moet melding worden gemaakt in het betreffende openbare register. Dat doet weliswaar afbreuk aan de eenvoud van een dergelijke wijze van overgang, maar een dergelijke registratie kan nu eenmaal niet dan op straffe van onvolledigheid en dus onbetrouwbaarheid van de openbare registers achterwege blijven.
Het is naar mijn mening niet wenselijk voor overdracht onder algemene titel een afzonderlijk openbaar register aan te leggen. Het zou er niet eenvoudiger op worden indien de overdracht als zodanig in een dergelijk register moet worden ingeschreven en vervolgens ook nog in de bestaande openbare registers, die alleen de gegevens van een bepaalde categorie goederen bevat. De recherche door de notaris zou er bepaald ingewikkelder op worden.

Ad 3. Schuldeisersbescherming
De belangen van schuldeisers kunnen worden benadeeld: die van de overdrager als goederen zonder tegenprestatie van gelijke waarde onder algemene titel over gaan en die van de overnemer als per saldo meer schulden dan waarde in goederen worden overgenomen. Indien een reële tegenprestatie verschuldigd is, ligt benadeling van schuldeisers niet voor de hand. Per saldo zal in dat geval immers het vermogen van de overdrager en van de overnemer toenemen noch afnemen. Wat in dat geval wel wijzigt is de samenstelling van het vermogen. In zoverre kan de positie van een schuldeiser natuurlijk wel in het geding komen. Men denke aan het geval waarin de overnemer zijn risicoloze liquiditeiten inruilt voor een risicodragende onderneming. Ten slotte zijn de belangen van schuldeisers die met een andere schuldenaar worden geconfronteerd in het geding; ook al is de vermogenspositie van die andere schuldenaar exact gelijk aan die van de oorspronkelijke schuldenaar; het betalingsgedrag van de schuldenaar speelt natuurlijk ook een rol.
Er bestaan verschillende mogelijkheden om schuldeisers te beschermen. Mogelijk is, zoals bij (af)splitsing is geschied, te bepalen dat het over te dragen vermogen en het achterblijvende vermogen niet negatief mogen zijn. Voorts kan de overdragende partij nog gedurende een bepaalde tijd medeaansprakelijk zijn voor de overgenomen schulden. De periode van medeaansprakelijkheid zou kunnen worden verkort tot bijvoorbeeld twee of

drie jaren of de helft van de normale termijn voor extinctieve verjaring.[338] Het is ook mogelijk de schuldeisers verzetrecht toe te kennen. Ten slotte zou het mogelijk zijn de eis te stellen dat hetgeen onder algemene titel wordt overgedragen, door betrokkenen moet worden gewaardeerd, welke waardering door een accountant marginaal moet worden gecontroleerd.

Ad 4. De bescherming van de belangen van contractspartijen
Indien een dergelijke regeling het mogelijk maakt om ook overeenkomsten zonder medewerking van de contractspartij te doen overgaan, komt het beginsel van contractsvrijheid op de tocht te staan. Vgl. hetgeen hiervoor in nummer 7 over het Duitse recht is geschreven.
Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat dit beginsel bij het contracteren met een natuurlijke persoon een andere betekenis heeft dan wanneer met rechtspersonen gecontracteerd wordt. Het contract met een rechtspersoon is minder persoonlijk van aard, zodat het begrip contractsvrijheid een andere invulling heeft. Hierin zou een argument kunnen liggen om de "overdracht" van overeenkomsten onder algemene titel tussen rechtspersonen wel mogelijk te maken en de "overdracht" van overeenkomsten van natuurlijke personen aan andere natuurlijke of rechtspersonen niet anders dan met medewerking van de contractspartij. Overgang van overeenkomsten van natuurlijke naar rechtspersonen en omgekeerd houdt als het ware sfeerovergang in. Ik vrees echter dat veel van de aantrekkelijkheid van een dergelijke regeling verloren zou gaan, indien overeenkomsten niet anders dan met medewerking van de wederpartijen kunnen worden overgedragen.
De belangen van de wederpartij kunnen wellicht ook op een andere manier worden gewaarborgd. Zo is voorstelbaar dat de wederpartij wettelijk het recht wordt toegekend om langlopende overeenkomsten die worden overgedragen zonder medewerking van de wederpartij, met onmiddellijke ingang te kunnen opzeggen (zoals ook het lidmaatschap van een vereniging bij fusie of (af)splitsing, zie art. 2:36 lid 4) zonder schadevergoeding verschuldigd te worden. Mogelijk is ook de wederpartij de bevoegdheid te verlenen om de overgang van de betreffende overeenkomst terug te draaien. Vgl. art. 6:158 waar de schuldeiser de bevoegdheid heeft onder omstandigheden de schuld op de oorspronkelijke schuldenaar te laten terugkeren. Ken hem bijvoorbeeld een vetorecht toe dat binnen een door de overdrager aan hem te stellen redelijke termijn of van een termijn van bijvoorbeeld één a twee jaar na de overgang uitgeoefend kan worden, waardoor de overeenkomst terugkeert bij de oorspronkelijke contractspartij.
Mogelijk is ten slotte ook de medewerking van de wederpartij te laten vervangen door toestemming van een toezichthoudend instituut, zoals thans

[338] Vgl. E. Vermeulen, AA 1999, afl. 48, nr. 4, p. 215.

door de Pensioen- en Verzekeringskamer bij de overdracht van verzekeringsportefeuilles geschiedt.

Ad 5. Begeleiding door een deskundige
Niet alleen derden moeten bij een dergelijke ingrijpende rechtshandeling worden beschermd, ook de handelende persoon zelf. Hierom, maar ook om zoveel mogelijk waarborgen te hebben dat de rechtshandeling correct wordt uitgevoerd, is begeleiding door een deskundige vereist. De notaris is daarvoor de meest aangewezen figuur.

8.7 De civielrechtelijke rechtsgevolgen

Hiervoor is aan de orde geweest aan welke randvoorwaarden een dergelijke overdracht onder algemene titel dient te voldoen. Daarmee is evenwel lang niet alles gezegd. Een dergelijke regeling moet nog worden bezien tegen de achtergrond van talrijke civielrechtelijke rechtsfiguren en leerstukken. Moet worden aangesloten bij de rechtsgevolgen van rechtsopvolging onder algemene titel of bij die van overdracht, schuld en contractsoverneming? In het hierna volgende poog ik een eerste aanzet te geven tot beantwoording van deze vraag.
Indien men de figuur zou willen aanduiden met overdracht onder algemene titel, ontstaat een begripsmatig probleem. Die aanduiding verwijst impliciet naar twee van elkaar te onderscheiden bestaande rechtsfiguren. Onderscheid zal dan moeten worden gemaakt tussen de rechtsfiguren:

- rechtsopvolging onder algemene titel;
- overdracht onder algemene titel (nieuw);
- overdracht en overneming onder bijzondere titel.

Nu zijn er drie mogelijkheden:

1. bij het bepalen van de rechtsgevolgen van overdracht onder algemene titel wordt aansluiting gezocht bij de bestaande rechtsopvolging onder algemene titel, tenzij de wet anders bepaalt;
2. aansluiting wordt gezocht bij de rechtsgevolgen van overdracht, schuld- en contractsoverneming, tenzij de wet anders bepaalt; en
3. de wet bepaalt afzonderlijk wat de rechtsgevolgen van overdracht onder algemene titel zijn.

Ik denk dat hierbij voor ogen moet worden gehouden dat de figuur van de overdracht onder algemene titel dichter bij overdracht, schuld- en contractsoverneming staat dan bij rechtsopvolging onder algemene titel. Bij de huidige vormen van rechtsopvolging onder algemene titel gebeurt meer dan alleen de overgang van vermogen onder algemene titel. Het gegeven dat rechtssubjecten verdwijnen bij de meeste vormen van rechtsopvolging on-

der algemene titel, heeft invloed op de aard, de omvang en de rechtsgevolgen van een dergelijke opvolging. Ik neig ertoe te kiezen voor mogelijkheid 2: uitgangspunt zou dan zijn dat de rechtsgevolgen van overdracht, schuld- en contractsoverneming mutatis mutandis ook voor overdracht onder algemene titel gelden, tenzij de wet anders bepaalt.
Deze benadering betekent dat voor overdracht onder algemene titel weliswaar de regels geschreven voor levering van goederen (art. 3:89 e.v.) en de overneming van schulden en overeenkomsten (art. 6:155 en 159) niet gelden, maar dat voor wat al het overige betreft wel aansluiting wordt gezocht bij de rechtsgevolgen van overdracht, schuld- en contractsoverneming.
Mijns inziens verzet zich er niets tegen dat alle regels inzake rechtshandelingen en met name nietige en vernietigbare rechtshandelingen, wilsgebreken, handelingsonbekwaamheid e.d., mutatis mutandis van toepassing zijn op de overdracht onder algemene titel. Juist de verplichte inschakeling van de notaris zal met zich brengen dat een dergelijke overdracht niet snel onvolkomenheden bevat. Zo kunnen de regels aangaande beschikkingsonbevoegdheid bij overdracht ook op overdracht onder algemene titel van toepassing zijn. Datzelfde geldt voor de regels van derdenbescherming bij verkrijging onder bijzondere titel (artt. 3:24, 25 en 26). Eveneens zouden de regels inzake overgang van vorderingen en schulden (artt. 6:142 e.v.) van toepassing kunnen zijn. Van de regels van schuld- en contractsoverneming zal echter alleen art. 6:157 kunnen worden toegepast.
De vraag of de verkrijging van vermogen onder algemene titel als een causale of abstracte rechtshandeling moet worden aangemerkt, is van belang voor de positie van zowel de overdrager als van de overnemer. Indien zowel goederen als schulden onderwerp van de overdracht kunnen zijn, is het wenselijk dat zowel voor de verkrijging van goederen als voor de overgang van schulden en overeenkomsten dezelfde leer gehanteerd wordt. Anders dan bij fusie en zuivere splitsing, waarbij het bestaan van rechtspersonen wordt beëindigd, bestaat bij overdracht onder algemene titel geen noodzaak om uit te gaan van een abstract stelsel. Over het algemeen past, mede gelet op het stelsel van derdenbescherming, de causale verkrijgingsleer beter in het systeem van de wet. Daarvan ware dan ook uit te gaan.

8.8 Het bereik van de nieuwe regeling

Wie een nieuwe wijze van overgang van vermogen in het leven roept, zal moeten aangeven in welke gevallen die gebruikt kan worden. Het afbakenen van het bereik kan geschieden vanuit verschillende invalshoeken.
Enerzijds kan men de overdracht beperken tot bepaalde algemeenheden, zoals het ondernemingsvermogen, de huwelijksgemeenschap, de nalatenschap of de personenvennootschap. Anderzijds kan men ook volstrekte

vrijheid bieden om een of meer goederen, schulden of rechtsverhoudingen op deze nieuwe wijze onder algemene titel over te dragen, ongeacht of hetgeen overgaat als vermogen of algemeenheid van goederen kan worden gekwalificeerd.
Ik neig tot het laatste.[339] Het is mij niet duidelijk welke functie de eis, dat sprake moet zijn van een dergelijke algemeenheid van goederen, precies heeft. Bij overdracht onder algemene titel zullen immers alle tot dergelijke algemeenheden behorende goederen, schulden en rechtsverhoudingen moeten worden gespecificeerd. De enige functie die men zou kunnen bedenken is, dat een dergelijke eis ervoor zal zorgen dat misbruik van de faciliteit zo veel mogelijk wordt voorkomen, doordat de regeling beperkt wordt tot bepaalde in de wet omschreven algemeenheden, die niet zomaar in het leven worden geroepen. De gedachte zou dan bijvoorbeeld kunnen zijn dat de rechtsfiguur, in het leven geroepen voor het reorganiseren van ondernemingen, ook alleen mogelijk is indien ondernemingsvermogen voorwerp van de overdracht is. De (re)organisatievrijheid is het hogere doel dat de faciliteit rechtvaardigt.
Indien echter voldaan wordt aan de hiervoor onder 8.6 geformuleerde voorwaarden, bestaat geen reden voor een dergelijke beperking. Integendeel, voorkomen moet worden dat onduidelijkheid (en dus onzekerheid) ontstaat over de vraag of een algemeenheid van goederen valt binnen de groep van algemeenheden, waaraan een dergelijke overdracht onder algemene titel ten dienste zou staan. Vallen non-profit organisaties buiten de boot indien de regeling bijvoorbeeld tot ondernemingsvermogen zou worden beperkt? Indien dit laatste een onwenselijke beperking is; hoe moet de algemeenheid dan worden gedefinieerd?
Een andere beperking zou kunnen liggen in de aard van de vermogensbestanddelen die door een dergelijke overdracht kunnen overgaan. Zo zou men de overdracht strikt kunnen beperken tot goederen die overdraagbaar zijn, alsmede de overneming van schulden, maar niet de overneming van rechtsverhoudingen zoals overeenkomsten. Ook zou men de omvang van de overgang tot louter goederen kunnen beperken, bijvoorbeeld met het oog op een doorstart in faillissement.[340] In verband hiermee staat dat de eisen die aan een dergelijke overdracht onder algemene titel moeten worden gesteld, afhankelijk zijn van hetgeen overgaat: indien alleen goederen overgaan, hoeft geen rekening te worden gehouden met de belangen van we-

339 Anders: J.B. Huizink, *De onderneming in Boek 3 BW?*, WPNR 6249 (1996), p. 898, die de overdracht onder algemene titel zou willen beperken tot vermogensbestanddelen die een zekere samenhang vertonen en Raaijmakers (WPNR 6276 (1997), p. 519-524), alsmede E. Vermeulen (AA 1999, afl. 48, nr. 4, p. 215).

340 Zo in Frankrijk het "fonds de commerce", S. Gerbrandy, preadvies 1966, p. 3, alsmede De Ruiter 1963, p. 135-136.

derpartijen bij overeenkomsten, natuurlijk wel met de belangen van schuldeisers, zeker indien geen tegenprestatie verschuldigd is. Indien echter de overdracht van louter goederen onder algemene titel geschiedt onder betaling van een reële tegenprestatie en de schulden zonder toestemming van de schuldeiser worden overgenomen, dan bestaat doorgaans geen behoefte aan specifieke schuldeisersbescherming bovenop de schuldeisersbeschermingsbepalingen die het reguliere vermogensrecht toch al kent.[341] Dat zou immers impliceren dat de betreffende wettelijke bepalingen in dat geval niet van toepassing hoeven te zijn. Een en ander leidt tot een stelsel waarbij afhankelijk van de aard en de omvang van hetgeen onder algemene titel wordt overgedragen en de aard van de betrokken (rechts)personen, wettelijke bepalingen gedifferentieerd van toepassing zijn.
Indien de nieuwe regeling belangrijke voordelen biedt ten opzichte van activa-passiva transacties, zal de praktijk geneigd zijn deze nieuwe wijze van verkrijging te gebruiken om daarmee de traditionele overdracht, schuld- en contractsoverneming en de daaraan gestelde eisen te omzeilen. Op het eerste gezicht lijkt dit geen goede zaak. Als de strekking van de door de wet thans aan levering en overneming gestelde vereisten echter ook wordt bereikt door andersoortige eisen te stellen aan deze nieuwe wijze van overdracht onder algemene titel, dan lijkt mij geen bezwaar te bestaan beide wijzen van verkrijging in het rechtsverkeer ten opzichte van elkaar te laten concurreren.

8.9 De verhouding tot de huidige regeling van fusie en (af)splitsing

Een volgend aspect is de verhouding van een dergelijke regeling tot de thans in de wet uitgewerkte regeling van fusie en (af)splitsing. Daarvoor gelden nogal wat procedurevoorschriften, mede met het oog op de interne besluitvorming. Indien overdracht onder algemene titel onafhankelijk van de aard van de rechtsdrager (natuurlijke of rechtspersoon) en los van een eventuele interne structuurwijziging mogelijk wordt, dan zal een dergelijke regeling naar mijn mening moeten worden opgenomen in de Boeken 3 en 6 BW.
De vraag die dan opkomt is, of we de zwaar opgetuigde fusie- en splitsingsregeling nog wel nodig hebben als het daarmee bewerkstelligde rechtsgevolg ook op een andere manier zou kunnen worden bereikt.
Ik denk dat we die procedure nog wel nodig hebben en wel om de volgende redenen. Het bijzondere van fusie en (af)splitsing is, dat deze wijziging van de interne structuur van de betrokken rechtspersonen meebrengt. In het geval rechtspersonen door fusie verdwijnen, van rechtswege aandelen of lidmaatschapsrechten in de verkrijgende rechtspersoon worden toegekend en

[341] Vgl. ook J.B. Huizink, *De onderneming in Boek 3 BW?*, WPNR 6249 (1996).

in voorkomende gevallen de ruilverhouding moet worden vastgesteld, is dit aspect van de rechtshandeling fusie van zo'n grote betekenis, dat een zware procedure op z'n plaats is. Dat geldt in velerlei opzichten ook voor de verschillende vormen van splitsing. Mede gelet op het verschil tussen de bestaande vormen van rechtsopvolging onder algemene titel en deze nieuwe vorm van overdracht onder algemene titel is het, denk ik, niet wenselijk dat de regeling van de vermogensrechtelijke rechtsgevolgen van fusie en zuivere splitsing uit Boek 2 gehaald wordt. Wel ware te overwegen de regeling van afsplitsing, dus waarbij de splitsende rechtspersoon blijft voortbestaan, te laten vervallen. Deze vorm van splitsing heeft zoveel gelijkenis met de overdracht onder algemene titel zoals hiervoor weergegeven, dat de regeling wellicht overbodig is indien in de Boeken 3 en 6 een algemene regeling van overdracht onder algemene titel wordt opgenomen.
Wel acht ik het wenselijk om voor de overdracht onder algemene titel door of aan rechtspersonen bepaalde nadere besluitvormingseisen te stellen, zoals bijvoorbeeld de eis van goedkeuring van de algemene (leden)vergadering. Dat zou de wetgever al dan niet dwingend kunnen bepalen. Een dergelijke overdracht zou immers het gehele vermogen van de betrokken overdragende rechtspersoon kunnen betreffen en heeft materieel grote invloed op de activiteiten van de betrokken rechtspersoon, vooral op die van de overdragende rechtspersoon. Ten slotte lijkt mij dat de hiervoor ook al ter sprake gebrachte voorwaarde, dat hetgeen onder algemene titel wordt overgedragen moet worden beschreven, gewaardeerd en gecontroleerd, ook voor de intern belanghebbenden van belang is in verband met voormelde interne besluitvorming.

8.10 De verhouding tot activa-passiva transacties

In het algemeen kan de vraag gesteld worden, of bepalingen die gelden voor de ene vorm van verkrijging, bedoeld voor overgang van vermogenscomplexen via overdracht onder algemene titel, ook zouden moeten gelden voor activa-passiva transacties, waarmee materieel hetzelfde wordt bereikt. Natuurlijk kan deze vraag ook in het omgekeerde geval worden gesteld.[342]
Als er bijvoorbeeld volgens de statuten van een stichting interne besluitvormingsvoorschriften zouden gelden voor overdracht of rechtsopvolging onder algemene titel, moeten die dan ook in acht worden genomen indien een vermogenscomplex, bijvoorbeeld een onderneming, in plaats daarvan via een activa-passiva transactie wordt overgedragen? En hoe zit het wanneer één goed of één schuld onder algemene titel wordt overgedragen: moet dan niet toch mededeling worden gedaan aan de schuldenaar en moet de

[342] Zie hierover ook Chr. Aha, *Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge bei der Ausgliederung?*, Die Aktiengesellschaft, 1997, nr. 8, p. 356.

schuldeiser om toestemming of medewerking worden gevraagd op de voet van art. 6:155 en 159?
Zo is in Duitsland vereist dat de "Ausgliederung" van de gehele onderneming van een AG via een activa-passiva transactie in een dochteronderneming, de toestemming van de aandeelhoudersvergadering behoeft nu deze "Ausgliederung" een structurele wijziging van de AG impliceert.[343] In Duitsland heeft hierover discussie plaatsgevonden: de vraag was of in geval van herstructurering door "Einzelrechtsnachfolge" (vrij vertaald: door activa-passiva transactie) bepaalde regels inzake "Verschmelzung" en "Spaltung" van toepassing zijn. Daarbij gaat het met name om regels ter bescherming van minderheidsaandeelhouders.[344]
Het lijkt mij dat de in het begin gestelde vragen ontkennend moeten worden beantwoord. Indien beide regelingen zodanig vorm wordt gegeven, dat zij voldoende bescherming van belanghebbenden inhouden, dan is het niet nodig en zelfs verwarrend om de door de betrokken partijen gedane keuze te frustreren door uit te gaan van de geheel of gedeeltelijke toepasselijkheid van regels van een andere, niet gekozen rechtsfiguur. Beide rechtsfiguren mogen best verschillende eisen stellen en toch tot hetzelfde eindresultaat leiden. Het is zelfs gewenst dat beide rechtsfiguren voldoende onderscheidend vermogen ten opzichte van elkaar hebben.[345]

9 Eindconclusie

Ten aanzien van de rechtsopvolging onder algemene titel die zich krachtens fusie en (af)splitsing voltrekt, kunnen de volgende bezwaren worden ingebracht:

- rechtsopvolging onder algemene titel krachtens fusie of (af)splitsing kent slechts een beperkt aantal toepassingsmogelijkheden;
- het is ongewis wat de precieze omvang van de rechtsopvolging onder algemene titel is: wat gaat allemaal onder algemene titel over? Wat valt onder het begrip "vermogen"?;

---

343 Zie de zogenaamde Holzmüller-doctrine van BGHZ 1983, 122, zie hierover H-J. Priester, *Die klassische Ausgliederung - ein Opfer des Umwandlungsgesetzes 1994*, ZHR 1999, nr. 163, p. 194 e.v.

344 Zie de discussie hieromtrent in het Duitse recht: H-J. Priester, *Die klassische Ausgliederung - ein Opfer des Umwandlungsgesetzes 1994*, ZHR 1999, nr. 163, p. 189-190, alwaar men de verschillende standpunten in jurisprudentie en literatuur terug kan vinden, zie ook Chr. Aha, *Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge bei der Ausgliederung?*, Die Aktiengesellschaft, 1997, nr. 8, p. 356, die de vraag duidelijk ontkennend beantwoordt, alsmede Th. Trölitzsch, *Aktuelle Tendenzen in Umwandlungsrecht*, DStr afl. 18, 1999, p. 764 e.v., vgl. ook Chr. Schubel, *LPG Umstrukturierung Aussenseiterschutz durch Exklusivität der Universalsukzession?*, ZIP 1998, afl. 33, p. 1386 e.v.

345 L. Fuhrmann en S. Simon, *Praktische Probleme der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung*, Die Aktiengesellschaft, 2000, nr. 2, p. 50, linker kolom.

- er bestaat onzekerheid over de rechtsgevolgen van fusie en (af)splitsing ten aanzien van bepaalde rechtsfiguren en leerstukken.

De wetgeving inzake fusie en (af)splitsing is nog niet af. Er moet nog een aanpassingswet worden gemaakt die nader omschrijft wat precies onder vermogen in art. 2:309/334a valt en die de rechtsgevolgen van de overgang van vermogen voor verschillende benoemde rechtsverhoudingen nader regelt.
Fusie en (af)splitsing als reorganisatie-tools hebben maar een beperkt bereik. De voordelen van de rechtsopvolging onder algemene titel zijn daarom ook maar in een beperkt aantal gevallen inzetbaar. Dit leidt als vanzelf tot het alternatief voor het realloceren van vermogensbestanddelen: de activa-passiva transactie.
Een dergelijke transactie bestaat uit de overdracht van goederen gecombineerd met de overneming van schulden en overeenkomsten. De klassieke rechtsfiguren overdracht en schuld- en contractsoverneming zijn echter niet primair ontworpen met het oog op de overdracht van meerdere vermogensbestanddelen in één keer. Activa-passiva transacties zijn om vier redenen betrekkelijk omslachtig. In de eerste plaats moet aan de verschillende vereisten die de wet aan overdracht, schuld- en contractsoverneming stelt worden voldaan vooraleer een algemeenheid van goederen in de zin van een complex van goederen, schulden en overeenkomsten geheel is overgegaan. In de tweede plaats moet voldoende beschreven worden wat overgedragen wordt. In de derde plaats moet rekening gehouden worden met de tijd die meestal zit tussen het moment per wanneer de omvang en samenstelling van het over te dragen vermogen wordt beschreven en gewaardeerd (de peildatum) en het moment waarop de overgang plaatsvindt. In de vierde plaats volgt uit de verschillende eisen die de wet stelt aan overdracht, schuld- en contractsoverneming, dat de daadwerkelijke overgang van goederen, schulden en rechtsverhoudingen zoals overeenkomsten, zich gefaseerd voltrekt. Immers, het is vrijwel onmogelijk om op één moment aan alle uiteenlopende vereisten te voldoen. In verband hiermee staat dat het beginsel van gelijk oversteken, zoals dat bij koop geldt, veelal niet (volledig) gerealiseerd kan worden.
Alle wijzen van overdracht hebben gemeenschappelijk dat zij van het causale stelsel van eigendomsverkrijging uitgaan. De verkrijging is gebaseerd op één rechtsgrond, één titel: bij gebreke daarvan valt de verkrijging als zodanig weg, behoudens de toepassing van derdenbeschermingsbepalingen. Contractsoverneming is evenwel een abstracte rechtshandeling, terwijl schuldoverneming in beginsel een abstracte rechtshandeling is, die evenwel causale trekjes vertoont.

Ten aanzien van de overneming van schulden en overeenkomsten gelden verschillende (vorm)voorschriften. Anders dan bij overdracht, zijn de eisen die gesteld worden aan schuldoverneming niet afhankelijk van de aard van de schuld. Datzelfde geldt voor contractsoverneming. Uitzondering hierop vormen de wettelijke indeplaatsstelling bij bepaalde benoemde overeenkomsten zoals omschreven in nummer 6.11.
De wetgever moet in overweging worden gegeven de overgang onder algemene titel in meer gevallen mogelijk te maken. Het verdient aanbeveling in de Boeken 3 en 6 een regeling op te nemen die overdracht onder algemene titel mogelijk maakt. Daarmee wordt bedoeld een regeling die goederen, schulden en overeenkomsten bij één rechtshandeling van het vermogen van de overdrager in dat van de overnemer doet belanden. In het laatste onderdeel van het preadvies zijn de randvoorwaarden, het bereik en de ruwe contouren van een dergelijke regeling geschetst.

Haren, 15 oktober 2001

Spaltungsmöglichkeiten (§§ = UmwG)

Übernehmender oder neuer RT *) → / Übertragender RT *) ↓	OHG/KG/ Partnerschaft (vof/cv/maatschap voor vrije beroepsbeoefenaren)	GmbH (BV)	AG/KgaA (NV/cv op aandelen)	EG (coöperatie)	e.V. (vereniging)	Genossensch. Prüfungs-verband	VvaG (OWM)
OHG/KG/Partnerschaft (vof/cv/maatschap voor vrije beroepsbeoefenaren)	§§ 125, 135	§§ 125, 135, 138—140	§§ 125, 135, 141—146	§§ 125, 135, 147, 148	Nein	Nein	Nein
GmbH (BV)	§§ 125, 135, 138—140	§§ 125, 135, 138—140	§§ 125, 135, 138—140, 141—146	§§ 125, 135, 138—140, 147, 148	nein	Nein	nein
AG/KGaA (NV/cv op aandelen)	§§ 125, 135 ‘ 141—146	§§ 125, 135, 138—140, 141—146	§§ 125, 135, 14 1—146	§§ 125, 135, 141—146, 147, 148	nem	Nein	nein
EG (coöperatie)	§§ 125, 135 ‘ 147, 148	§§ 125, 135, 138—140, 147, 148	§§ 125, 135, 141—146, 147, 148	§§ 125, 135, 147, 148	nein	Nein	nein
e.V./ wirtsch. Verein (vereniging)	§§ 125, 135,149	§§ 125, 135, 138—140, 149	§§ 125, 135, 141—146, 149	§§ 125, 135, 147, 148	§§ 125, 135, 149	Nein	nein
Genossensch. Prüfungsverband	Nein	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 138—140, 150	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 141—146, 150	nein	nein	Nicht zur NeugrOndung §§ 125, 150	nein
VvaG (OWM)	Nein	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 138—140, 151	Keine Ausgliederung §§ 125, 135,**) 141—146, 151	nein	nein	Nein	Keine Ausgliederung §§ 125, 135, 151
Einzelkaufmann (eenmanszaak)	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 152—160	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 138—140, 152—160	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 141—146, 152—160	Nur Ausgliederrung §§ 125, 147, 148, 152—160	nein	nein	nem
Stiftung (stichting)	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 161—167	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 138—140, 161—167	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 141—146, 161—167	nein	nein	nein	nein
Gebietskörperschaft (regionaal publiekrechtelijk lichaam)	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 168—173	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 138—140, 168—173	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 141—146, 168—173	Nur Ausgliederung §§ 125, 135, 147, 148, 168—173	nein	nein	nein

* RT = Rechtsträger ** nur Versicherungs.AG

* RT = Rechtsträger ** nur Versicherungs.AG

Verschmelzungsmöglichkeiten (§§ = UmwG)

Übernehmender oder neuer RT *) → / Übertragender RT *) ↓	OHG/KG (Vof/cv)	Partnerschaft (maatschap voor vrije beroeps-beoefenaren)	GmbH (BV)	AG (NV)	KGaA (cv op aandelen)	EG (coöperatie)	e.V. (vereniging)	Gen. Prüfungs-verband	VvaG (OWM)	Einzelkauf-mann (eenmans-zaak)
OHG/KG (Vof/cv)	§§ 39-45	§§ 39-45, 45a-45e	§§ 39-45, 46-59	§§ 39-45, 60-77	§§ 39-45, 78	§§ 39-45, 79-98	Nein	Nein	Nein	Nein
Partnerschaft (maatschap voor vrije beroeps-beoefenaren)	§§ 39-45, 45a-45e	§§ 45a-45e	§§ 45a-45e, 46-59	§§ 45a-45e, 60-77	§§ 45a-45e, 78	§§ 45a-45e, 79-98	Nein	Nein	Nein	Nein
GmbH (BV)	§§ 39-45, 46-59	§§ 45a-45e, 46-59	§§ 46-59,	§§ 46-59, 60-77	§§ 46-59, 78	§§ 46-59, 79-98	Nein	Nein	Nein	§§ 120-122 i.V.m. 46-59
AG (NV)	§§ 39-45, 60-77	§§ 45a-45e, 60-77	§§ 46-59, 60-77	§§ 60-77	§§ 60-77, 78	§§ 60-77, 79-98	Nein	Nein	Nein	§§ 120-122 i.V.m. 60-77
KGaA (cv op aandelen)	§§ 39-45, 78	§§ 45a-45e, 78	§§ 46-59, 78	§§ 60-77, 78	§ 78	§§ 78, 79-98	Nein	Nein	Nein	§§ 120-122 i.V.m. 78
EG (coöperatie)	§§ 39-45, 79-98	§§ 45a-45e, 79-98	§§ 46-59, 79-98	§§ 60-77, 79-98	§§ 78, 79-98	§§ 79-98	Nein	Nein	Nein	Nein
e.V./ wirtsch. Verein (vereniging)	§§ 39-45, 99-104a	§§ 45a-45c, 99-104a	§§ 46-59, 99-104a	§§ 60-77, 99-104a	§§ 78, 99-104a	§§ 79-98, 99-104a	§§ 99-104a	Nein	Nein	nein
Genossensch. Prüfungsverband	Nein	Nein	Nein	Nein	Nein	Nein	Nein	§§ 105- 108	Nein	Nein
VvaG (OWM)	Nein	Nein	Nein	§§ 60-77, 109-119**)	Nein	Nein	Nein	Nein	§§ 109-119	Nein

* RT = Rechtsträger ** nur Versicherungs.A

Stellingen

1. De wetgeving inzake fusie en (af)splitsing is nog niet af. Er moet nog een aanpassingswet worden gemaakt die nader aangeeft wat allemaal onder het begrip vermogen valt en die de rechtsgevolgen van de overgang van vermogen voor verschillende benoemde rechtsfiguren en leerstukken nader regelt.

2. De wetgever behoort art. 3:83 niet aan te passen, maar in plaats daarvan alle publiekrechtelijke wetgeving na te lopen om te bezien of daarin andere rechten als bedoeld in art. 3:83 lid 3 voorkomen. Indien dat het geval is, moet de civielrechtelijke status daarvan verduidelijkt worden: Is het recht overdraagbaar? Zo ja, moeten daar voorwaarden aan worden verbonden? Zo ja, welke? Kan het recht worden bezwaard en worden uitgewonnen? Gaat het recht onder algemene titel over?

3. De wetgever behoort een algemene regeling in de wet op te nemen die het mogelijk maakt meerdere vermogensbestanddelen in de zin van goederen, schulden en rechtsverhoudingen zoals overeenkomsten in één keer, onder algemene titel, over te kunnen dragen.

Via het secretariaat van de Vereeniging 'Handelsrecht', Postbus 100, 3000 AC Rotterdam (telefoon: 010 - 4017927, telefax: 010 - 4017117) zijn de volgende preadviezen en verslagen verkrijgbaar.

Verslag:
Bescherming van beleggers ter beurze / Europese effectenreglementering, 1986
Preadvies en verslag:
Juridische aspecten van moderne betaalmiddelen, 1987
Preadvies en verslag:
Leasing, 1989
Preadvies en verslag:
De nieuwe algemene bepalingen van Boek 2 BW, 1991
Preadvies en verslag:
Concentraties en joint ventures in het mededingingsrecht, 1992
Preadvies en verslag:
Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu, 1993
Preadvies en verslag:
Nieuwe bepalingen omtrent uitgifte en levering van aandelen op naam, 1994
Preadvies en verslag:
Verzekering naar komend recht, 1995
Preadvies:
Splitsing van rechtspersonen, 1996
Preadvies:
Van ordening naar marktwerking, 1996
Verslag:
Splitsing van rechtspersonen / De mededingingswet, 1996
Preadvies:
Vervoersrecht in Boek 8 BW, 1997
Preadvies:
Het wetsvoorstel beschermingsconstructies, 1998
Verslag:
Vervoersrecht in Boek 8 BW / Het wetsvoorstel beschermingsconstructies, 1998
Preadvies en verslag:
Vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personenvennootschappen, 1998
Preadvies en verslag:
Bescherming van bedrijfsgeheimen, 1999
Preadvies en verslag:
Het eigen gezicht van het handelsrecht, 2000
Preadvies en verslag:
Implementatie van de Dertiende Richtlijn - een terreinverkenning, 2000
Preadvies:
Afscheid van papier – handelsrecht en moderne technologie 2001

ISBN 90-271-5387-6
NUGI 697-715

Eigendom
Ulrike Verboom