Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

(Beëindiging van) 403-aansprakelijkheid

De stand van zaken anno 2016

M.R.C. van Zoest

1 Inleiding

Aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring (hierna: 403-aansprakelijkheid) is een veel bediscussieerd onderwerp, en dan met name waar het betreft de beëindiging van 403-aansprakelijkheid in de zin van art. 2:404 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Niet ten onrechte, want er bestaat (nog steeds) veel onduidelijkheid over, zoals de hierna te bespreken uitspraken laten zien. Dit artikel beoogt een overzicht te geven van min of meer recente ontwikkelingen op het gebied van (beëindiging van) 403-aansprakelijkheid. Daarbij houd ik vier hoofdthema's aan: (1) kwalificatie van een vordering uit hoofde van een 403-verklaring, (2) verhouding tussen de vorderingen op de vrijgestelde rechtspersoon en de consoliderende rechtspersoon,[1] (3) (proces)techniek inzake beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid en (4) de redelijkheid en billijkheid in het kader van (beëindiging van) 403-aansprakelijkheid. Ten slotte zullen nog enkele 'losse' onderwerpen aan bod komen. De eerste twee thema's lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

2 Kwalificatie van een 403-vordering/verhouding tussen de verschillende vorderingen

Hét standaardarrest in het kader van 403-aansprakelijkheid is nog steeds Akzo Nobel/ING.[2] In dat arrest geeft de Hoge Raad de volgende kwalificatie van een vordering uit hoofde van een 403-verklaring (r.o. 3.4.3):

> 'De hier bedoelde verklaring die de moedermaatschappij heeft afgelegd, is een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat. Anders dan de Ondernemingskamer heeft geoordeeld, kan de "contractant" jegens de moedermaatschappij geen recht ontlenen aan art. 2:403, doch uitsluitend aan de door deze gedeponeerde verklaring.'[3]

1 In dit artikel wordt met de vrijgestelde rechtspersoon steeds de rechtspersoon bedoeld voor wiens schulden de consoliderende vennootschap of rechtspersoon zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld door middel van het deponeren van een 403-verklaring.

2 HR 28 juni 2002, NJ 2002/447 m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.4.3 (Akzo Nobel/ING).

3 In welk arrest de Hoge Raad overigens ten onrechte overweegt dat een 403-verklaring 'dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening' (r.o. 3.4.2), welke overweging in de hierna te bespreken SNS-beschikking wordt herhaald in r.o. 4.34.1.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Een vordering uit hoofde van een 403-verklaring (hierna: 403-vordering) is aldus een zelfstandig, niet van de 'primaire' vordering afhankelijk recht.[4] In dat licht zijn de volgende uitspraken goed te begrijpen.

2.1 Econcern

Loonvorderingen van werknemers zijn bevoorrecht op alle goederen van de werkgever.[5] Indien een andere rechtspersoon zich door middel van een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor diezelfde loonbetalingen, dan kunnen de werknemers ook die andere rechtspersoon aanspreken tot betaling van het loon. De vraag of die vordering eveneens bevoorrecht is, werd in lagere rechtspraak wisselend beantwoord. De Hoge Raad heeft die vraag op 11 april 2014 in het kader van het faillissement van Econcern[6] uiteindelijk ontkennend beantwoord: voorrechten kunnen uitsluitend voortvloeien uit de wet[7] en de wet kent weliswaar een voorrecht toe aan de loonvordering op de werkgever, maar kent geen voorrecht toe aan de vordering op grond van de 403-verklaring. Die vordering vloeit uitsluitend voort uit de afgelegde 403-verklaring zelf[8] en aan die vordering kent de wet geen voorrecht toe. De vordering van de werknemer op de vennootschap of rechtspersoon die de 403-verklaring heeft afgelegd, is dus niet bevoorrecht.

2.2 Eikendal q.q./Lentink

De Hoge Raad oordeelde op 3 april 2015 dat indien een schuldeiser van een rechtspersoon door middel van een dadingsovereenkomst (vaststellingsovereenkomst) tegen betaling van een bepaald geldbedrag door de rechtspersoon finale kwijting verleent aan de rechtspersoon, dat niet meebrengt dat ook de op grond van een door haar afgelegde 403-verklaring hoofdelijk verbonden moedermaatschappij van die rechtspersoon uit haar verbintenis op grond van die 403-verklaring zou zijn bevrijd.[9] De dading heeft slechts tot gevolg dat de schuld van de moedermaatschappij jegens de schuldeiser is verminderd met het bedrag dat door de rechtspersoon aan de schuldeiser is betaald.[10]

2.3 SNS

In het kader van de nationalisatie van SNS speelden achtergestelde vorderingen een rol. SNS Reaal had zich door middel van een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor bepaalde schulden van SNS Bank. In cassatie werd aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd of achtergestelde vorderingen op SNS Bank ook zouden zijn achtergesteld indien deze vorderingen op SNS Real zouden worden

4 Zie ook A.G.S. Nass & E.C.A. Nass, De vordering uit hoofde van een 403-verklaring, Ondernemingsrecht 2014/145, p. 735-742.
5 Art. 3:288 aanhef en onder e BW.
6 HR 11 april 2014, NJ 2014/309 m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.3.2 (UWV/Econcern).
7 Art. 3:278 lid 2 BW.
8 HR 28 juni 2002, NJ 2002/447 m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.4.3 (Akzo Nobel/ING).
9 HR 3 april 2015, NJ 2015/255 m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.6.2 (Eikendal q.q./Lentink).
10 Zie ook J. van der Kraan, Wees bij het treffen van een schikking bedacht op het groepsregime van artikel 2:403 BW, ORP 2015/260.

doi: 10.5553/OenF/157012472016024001005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

verhaald op grond van de door haar afgelegde 403-verklaring. De Hoge Raad oordeelde dat de aard van een achterstellingsbeding meebrengt dat het alleen betrekking heeft op de rangorde bij verhaal op het vermogen van de desbetreffende schuldenaar (SNS Bank).[11] Een door een schuldeiser met SNS Bank overeengekomen achterstellingsbeding (in de zin van art. 3:277 lid 2 BW) heeft geen invloed op het verhaal van die schuldeiser op het vermogen van een derde, zoals SNS Reaal, die uit hoofde van een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk is voor de desbetreffende verbintenis en die geen partij was bij het achterstellingsbeding.

2.4 Tussenconclusie en bespreking

In de drie hiervoor aangehaalde uitspraken brengt de Hoge Raad een tamelijk strikte scheiding aan tussen de vordering op de vrijgestelde rechtspersoon en de 403-vordering op de consoliderende rechtspersoon. Ook in de hierna nog te bespreken uitspraak inzake X/Eneco[12] wordt die scheiding duidelijk. In dat licht bevreemdt mij r.o. 4.30 van de hiervoor kort behandelde SNS-beschikking:

> 'VEB c.s. II bestrijden de rov. 6.52-6.53 voor zover die overwegingen inhouden dat de ondernemingskamer zich bevoegd heeft geacht om zelfstandig te oordelen dat de aanspraken op grond van de verklaring van SNS Reaal uit hoofde van art. 2:403 lid 1, onder f, BW (hierna: de 403-verklaring) zijn onteigend dan wel dat de onteigening mede omvat de vordering uit hoofde van de 403-verklaring. De klachten falen op de gronden uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 10.4-10.5.'

In paragraaf 10.4 van zijn conclusie – waarnaar de Hoge Raad in voormeld citaat verwijst – schrijft A-G Timmerman:

> 'De Ondernemingskamer heeft (...) vooropgesteld dat SNS Reaal zich met de 403-verklaring aansprakelijk heeft verklaard voor de uit de rechtshandelingen van SNS Bank voortvloeiende schulden. Dit betekent volgens de Ondernemingskamer dat de achtergestelde crediteuren van SNS Bank, na de onteigening van hun vordering op SNS Bank in elk geval ook geen vordering meer hebben op SNS Reaal uit hoofde van de 403-verklaring (...). Zij vallen na de onteigening namelijk niet meer onder de reikwijdte van de 403-verklaring. Dat laatste geldt – aldus de Ondernemingskamer – zowel indien men uitgaat van onteigening van de passieve zijde van de achtergestelde vorderingen (en SNS Bank dus niet langer de debiteur is) als wanneer men uitgaat van de onteigening van de actieve zijde van de achtergestelde vorderingen (en de aanvankelijke achtergestelde crediteuren derhalve niet langer schuldeiser zijn van SNS Bank) (...) Dit is m.i. een juiste redenering.'

11 HR 20 maart 2015, NJ 2015/361 m.nt. J.W. Winter en P. van Schilfgaarde, r.o. 3.34.4; vervolg op: Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2013, JOR 2013/25 m.nt. M.W. Josephus Jitta (SNS).

12 HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1691 (X/Eneco).

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Onteigening van de 'primaire' vordering brengt dus kennelijk het tenietgaan van de 403-vordering mee, aldus de SNS-beschikking, maar het schikken van de 'primaire' vordering (en daar vrijwillig afstand van doen) brengt niet het tenietgaan van de 403-vordering mee, aldus het arrest inzake Eikendal q.q./Lentink.[13] Dat vind ik erg moeilijk met elkaar te rijmen, want wat is nu het verschil tussen de twee? Mijns inziens zit het enige wezenlijke verschil in de (on)vrijwilligheid van het verliezen van een vorderingsrecht, maar daarmee zijn de verschillende uitkomsten in de hier bedoelde uitspraken niet verklaard.

In het huidige wettelijke systeem komt mij de lijn in Eikendal q.q./Lentink als juister voor dan die in de SNS-beschikking en bovendien past eerstgenoemde lijn meer in de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad. Als de Hoge Raad in de SNS-beschikking zou hebben geoordeeld dat de 403-vordering nog wel bestond, ondanks dat de 'primaire' vordering was onteigend, had dat mijns inziens beter gepast in de bestaande lijn die de Hoge Raad hanteerde tot de SNS-beschikking.

Desalniettemin komt die lijn mij niet zonder meer voor als de meest redelijke.[14] Mijns inziens zou de vrijgestelde rechtspersoon die finale kwijting heeft gekregen van zijn crediteur redelijkerwijs niet alsnog geconfronteerd moeten kunnen worden met een regresvordering van de consoliderende rechtspersoon die door de crediteur is aangesproken voor de (restant)vordering.[15] Ook is het mijns inziens niet onredelijk om van de crediteur te verlangen dat hij na een schikking ook echt 'klaar' is en niet ook nog de consoliderende rechtspersoon aanspreekt. Ik zou mij daarom kunnen voorstellen dat art. 2:403 BW door de wetgever wordt gewijzigd zodanig dat het artikel voor de toepassing van het groepsregime niet langer hoofdelijkheid verlangt (met de hiervoor geschetste gevolgen), maar een andere vorm van een door de richtlijn[16] toegestane vorm van garantstelling. Te denken valt aan borgtocht,[17] onder meer met dien verstande dat de borgtocht in het kader van het groepsregime zal worden aangegaan door middel van een eenzijdige rechtshandeling (de 403-verklaring 'nieuwe stijl') in plaats van door middel van een overeenkomst zoals art. 7:850 BW voorschrijft.[18]

Deze 403-verklaring 'nieuwe stijl' doet voldoende recht aan de belangen van crediteuren van de vrijgestelde rechtspersoon, maar kan voor een deel een einde

13 HR 3 april 2015, NJ 2015/255 m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.6.2 (Eikendal q.q./Lentink).

14 Zie o.m. ook E.A. van Dooren, De 403-vordering; mogelijkheden binnen de hoofdelijkheid, Ondernemingsrecht 2015/72, p. 380-386, die echter ook binnen de bestaande wettelijke regeling ruimte lijkt te zien voor een minder 'harde' benadering dan die gehanteerd in Eikendal q.q./Lentink, alsmede W.M. Smelt, 403-verklaring en achterstelling; een (on)rustig bezit?, TOP 2015/522.

15 Zie ook Van der Kraan 2015.

16 Art. 37 lid 3 van Richtlijn 2013/34/EU van 26 juni 2013, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2014/95/EU, stelt als voorwaarde dat 'de moederonderneming (...) zich garant [heeft] verklaard voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen'.

17 Zie ook M.J. Blommaert & F.W. Linders, De 403-verklaring: enkele opmerkingen bij HR 3 april 2015 (Eikendal q.q./Lentink), TvI 2015/53.

18 Zie bijv. ook H. Beckman in zijn noot onder HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 in Ondernemingsrecht 2015/66.

Onderneming en Financiering 2016 (24) 1
doi: 10.5553/OenF/157012472016024001005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

maken aan de bestaande discussie over onder meer de gevolgen van tenietgaan van de 'primaire' vordering voor de daarmee verband houdende 403-vordering. Mocht de wetgever hiertoe overgaan, dan zou daarbij bovendien eens duidelijk gemaakt kunnen worden welke (temporele) reikwijdte een 403-verklaring nu eigenlijk moet hebben voor gebruikmaking van het groepsregime. Daarbij zou het mij overigens logisch voorkomen om in ieder geval uitdrukkelijk te bepalen dat een 403-verklaring met een temporele beperking naar het verleden toe niet voldoet voor toepassing van het groepsregime. Immers, ook 'oude' crediteuren kunnen belang hebben bij inzicht in de financiële toestand van hun debiteur, bijvoorbeeld bij het maken van een keuze voor voortzetting van de contractuele relatie of het bedingen van (aanvullende) zekerheid. Ook die crediteuren zouden dus moeten worden gecompenseerd voor het gebrek aan inzicht als gevolg van de toepassing van het groepsregime.[19]

3 (Proces)techniek inzake beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid

Na intrekking van een 403-verklaring blijft aansprakelijkheid bestaan voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die de vrijgestelde rechtspersoon heeft verricht binnen het tijdvak waarvoor de consoliderende rechtspersoon zich voor die schulden aansprakelijk had gesteld. Deze zogeheten overblijvende aansprakelijkheid eindigt indien aan de vier cumulatieve vereisten zoals opgesomd in art. 2:404 lid 3 aanhef en onder a t/m d BW is voldaan:

a De rechtspersoon behoort niet meer tot de groep.
b Een mededeling van het voornemen tot beëindiging heeft ten minste twee maanden lang ter inzage gelegen ten kantore van het handelsregister.
c Ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt.
d Tegen het voornemen heeft de schuldeiser niet tijdig verzet gedaan of zijn verzet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond verklaard.

Op grond van art. 2:404 lid 5 BW kan 'de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt' tegen het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid verzet doen door een verzoekschrift aan de rechtbank van de woonplaats van de vrijgestelde rechtspersoon.[20] De verzettermijn bedraagt twee maanden en vangt aan op de dag dat in een landelijk verspreid dagblad is

19 Zie o.m. H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor de afhankelijke groepsmaatschappijen, Deventer: Kluwer 1995, p. 535 en B.F. Assink & W.J. Slagter, Compendium ondernemingsrecht (deel 2), Deventer: Kluwer 2013, par. 140.3. Anders: S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2013, p. 251.

20 Op grond van art. 997 lid 5 Rv dient hoger beroep van de eindbeschikking in een hiervoor bedoelde verzetprocedure binnen drie weken na het wijzen van de eindbeschikking bij de Ondernemingskamer te worden ingesteld.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

aangekondigd dat en waar het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ter inzage ligt.[21]

Kort gezegd moet voor een crediteur die dat verlangt zekerheid worden gesteld voor de voldoening van diens vorderingen waarvoor nog aansprakelijkheid loopt, tenzij de desbetreffende crediteur na het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid, gezien de vermogenstoestand van de (voormalig) vrijgestelde rechtspersoon of uit anderen hoofde, voldoende waarborgen heeft dat zijn vorderingen worden voldaan.

Het voorgaande kan in de praktijk tot een behoorlijke hoeveelheid vragen leiden. Met enige regelmaat komt de vraag op of de vier vereisten voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid een dwingende volgorde hebben of dat men ook zou kunnen volstaan met het eerst voldoen aan de vereisten sub b en c, om eerst vervolgens de groepsband te verbreken (vereiste sub a). Andere vragen die aan de orde kunnen komen, zijn bijvoorbeeld (1) hoe 'hard' een vordering moet zijn om in verzet te kunnen/mogen komen, (2) wat een landelijk verspreid dagblad is, en (3) hoe de bewijslastverdeling zit ten aanzien van de stelling dat de crediteur voldoende waarborg heeft voor de voldoening van zijn vordering.

Een aantal van de hiervoor genoemde vragen is aan de orde gekomen in de uitspraak inzake Iemants c.s./Hertel Beheer c.s.[22] Ik zal deze vragen hierna aan de hand van die uitspraak bespreken en waar relevant ook andere uitspraken kort behandelen.

3.1 Iemants c.s./Hertel Beheer c.s.

De zaak die leidde tot de uitspraak inzake Iemants c.s./Hertel Beheer c.s. draaide in de kern erom dat Iemants de staalstructuur voor een zogeheten *living quarter* zou bouwen op een olieproductie- en -opslagplatform voor de kust van Noorwegen, dit op basis van een overeenkomst tussen Iemants en CKT, een vennootschap waarvan alle aandelen werden gehouden door Hertel Beheer. Hertel Beheer had zich door middel van een 403-verklaring aansprakelijk gesteld voor de uit rechtshandelingen van CKT voortvloeiende schulden.

Iemants pretendeerde een vordering op CKT wegens meerwerk die werd 'gedekt' door de door Hertel Beheer gedeponeerde 403-verklaring. CKT en Hertel Beheer betwistten die vordering. Op enig moment heeft Hertel Beheer de door haar gedeponeerde 403-verklaring ingetrokken, een mededeling van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ter inzage gelegd bij het handelsregister (voorwaarde sub b) en op 13 april 2015 daarvan aankondiging in dagblad Trouw gedaan (voorwaarde sub c). Eerst op 12 juni 2015 leverde Hertel Beheer haar aandelen in het kapitaal van CKT aan een derde, waarmee – naar mag worden aangenomen – de groepsband tussen Hertel Beheer en CKT werd verbroken (voorwaarde sub a).

21 Art. 2:404 lid 5 jo. lid 3 aanhef en onder c BW.
22 Rb. Rotterdam 29 september 2015, JOR 2015/295 m.nt. S.M. Bartman.

doi: 10.5553/OenF/157012472016024001005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Iemants is tegen het voornemen van Hertel Beheer in verzet gekomen en heeft de rechtbank verzocht om Hertel Beheer te bevelen zekerheid te stellen voor voldoening van haar vorderingen op CKT, op straffe van gegrondverklaring van het verzet. Hertel Beheer voerde verweer en voerde daartoe onder meer aan dat de beweerde vorderingen niet vaststaan en ook dat Iemants heeft nagelaten te bewijzen dat zij zonder de 403-verklaring onvoldoende waarborg heeft voor de voldoening van haar vorderingen.

3.2 Volgorde van het voldoen aan de voorwaarden van art. 2:404 lid 3 BW

Allereerst de volgorde waarin de handelingen ten behoeve van de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid zijn verricht door Hertel Beheer. Hertel Beheer had eerst de voorwaarden sub b en c (de relevante publicatievereisten) vervuld en heeft pas daarna de voorwaarde sub a (verbreking van de groepsband) vervuld. In r.o. 4.5 van het vonnis stond de rechtbank specifiek stil bij (de vervulling van) elk van de drie voormelde voorwaarden en overwoog vervolgens in r.o. 4.6 van het vonnis dat indien aan voorwaarde d (geen tijdig, gegrond verzet) zou zijn voldaan, aan alle vereisten voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid was voldaan. Daarin ligt het oordeel besloten dat art. 2:404 lid 3 BW geen dwingende volgorde kent, in de zin dat volgens de rechtbank voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid kennelijk voldoende is dat eerst aan de publicatievereisten van art. 2:404 lid 3 BW (sub b en c) wordt voldaan alvorens tot verbreking van de groepsband (sub a) wordt overgegaan.

Dit laatste was al de mening van veel schrijvers, die ik overigens deel.[23] Beckman echter acht de volgorde van art. 2:404 lid 3 BW wel dwingend.[24] Dat geeft nog steeds aanleiding voor de praktijk om in veel gevallen zekerheidshalve toch maar de volgorde van art. 2:404 lid 3 BW aan te houden. Die noodzaak lijkt er nu minder te zijn, al zou het goed zijn als de Hoge Raad (of de wetgever) zich daar uitdrukkelijk over zou uitlaten.

Annotator Bartman lijkt overigens ook te menen dat art. 2:404 lid 3 BW geen dwingende volgorde kent, omdat hij 'dat de dochter de groep heeft, dan wel op korte termijn gaat verlaten' als een van de voorwaarden van art. 2:404 BW aanmerkt. Wel zou Bartman kennelijk de eis stellen dat verbreking van de groepsband 'op korte termijn' zou moeten plaatsvinden om eerst de voorwaarden sub b en c te mogen vervullen. Wat die korte termijn dan concreet inhoudt, is echter niet duidelijk. En wat gebeurt er als aan voorwaarden b en c wordt voldaan met het concrete uitzicht op verbreking van de groepsband twee maanden nadien, maar die verbreking toch niet plaatsvindt? Moet de consoliderende groepsmaatschappij dan een jaar later nogmaals haar voornemen tot beëindiging ter inzage leggen en daarvan aankondiging doen in een landelijk verspreid dagblad? De eis van een korte termijn lijkt mij moeilijk werkbaar en bovendien onnodig.

23 Zie bijv. B. Snijder-Kuipers & M.F. Eliëns, Praktische vraagstukken bij beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid (2:404 BW), WPNR (2014) 7042, p. 1176-1180.

24 H. Beckman, in: Sdu commentaar ondernemingsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, 2 BW, art. 2:404, C.2.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Voor schuldeisers is immers van belang dat zij van het voornemen kennis kunnen nemen door middel van terinzagelegging en de aankondiging van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Dan vangt ook de verzettermijn aan en dat is voor crediteuren kenbaar. Binnen twee maanden nadien dienen de schuldeisers dan te beslissen of zij wel of niet in verzet komen. Of de groepsband op dat moment al verbroken is of niet, doet voor de crediteuren niet ter zake.

Als het verzet ongegrond is, dan eindigt na enige tijd (als de groepsband wordt verbroken) de overblijvende aansprakelijkheid. Dat het niet altijd duidelijk is wanneer de groepsband wordt verbroken en wanneer dus de overblijvende aansprakelijkheid precies eindigt, is mijns inziens weinig bezwaarlijk, mede omdat het aan de (voormalig) consoliderende rechtspersoon zal zijn om de verbreking van de groepsband zo nodig te bewijzen in een procedure (hetgeen mijns inziens bij een dwingend voorgeschreven volgorde niet anders is). Wel is het zo dat schuldeisers dan voor een onbepaalde en voor hen onduidelijke periode nog voor de overblijvende aansprakelijkheid bij de (voormalig) consoliderende rechtspersoon kunnen aankloppen. Ik zou menen dat crediteuren zich in die periode zouden moeten gedragen alsof er geen 403-aansprakelijkheid meer is. Een mogelijk nog overblijvende aansprakelijkheid op enig moment is dan een 'extraatje'.

Men zou zich in verband met het voorgaande kunnen afvragen of verbreking van de groepsband niet als voorwaarde voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid geheel zou kunnen worden geschrapt. In het kader van crediteurenbescherming – toch het primair te dienen belang in dit verband – lijkt me die voorwaarde weinig toevoegen. De bij beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid voor crediteuren relevante vraag is of zij voldoende waarborg voor de voldoening van hun vorderingen hebben. Het bestaan van een groepsband kan daarbij een relevante factor zijn, maar is niet doorslaggevend. Als de in verzet gekomen crediteur zonder de 403-vordering onvoldoende waarborg heeft voor de voldoening van zijn vordering(en) zal die crediteur ofwel vervangende zekerheid moeten worden aangeboden of wordt ten aanzien van die crediteur de overblijvende aansprakelijkheid niet beëindigd, groepsband of niet.

In de praktijk zal het overigens vaak wel duidelijk zijn dat de groepsband is verbroken, omdat 403-verklaringen in de meeste gevallen door 100% (uiteindelijk) aandeelhouders worden verstrekt en dat is voor zover het Nederlandse rechtspersonen betreft voor eenieder kenbaar uit het handelsregister.[25] Als het enig aandeelhouderschap van de (voormalig) consoliderende rechtspersoon eindigt (en daar vaak een nieuw enig aandeelhouderschap voor in de plaats komt), zal dat op zijn minst een sterke indicatie zijn dat de groepsband is verbroken.

Waar de volgorde van de stappen voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid mijns inziens niet dwingend is, ligt dat geheel anders ten aanzien van

25 Zie ook M.R.C. van Zoest, De automatisch vervallende 403-verklaring, O&F 2011, afl. 4, p. 95-104.

Onderneming en Financiering 2016 (24) 1
doi: 10.5553/OenF/157012472016024001005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

de volgorde 'eerst intrekken en dan pas de overblijvende aansprakelijkheid beëindigen' (art. 2:404 lid 1 en 3 BW). In de zaak die leidde tot een eerdere uitspraak van de Rechtbank Rotterdam werd door de consoliderende rechtspersoon het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ter inzage gelegd en daarvan mededeling gedaan, en eerst twee maanden nadien deponeerde hij zijn intrekkingsverklaring in de zin van art. 2:404 lid 1 BW.[26] Het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid voordat de desbetreffende 403-verklaring is ingetrokken, is reeds onmogelijk omdat er vóór intrekking nog helemaal geen overblijvende aansprakelijkheid bestaat – er is uitsluitend nog 'volle' aansprakelijkheid – en die dus ook niet kan worden beëindigd. Het hanteren van een onjuiste volgorde in dezen kan bovendien ertoe leiden dat schuldeisers worden benadeeld. Immers, een schuldeiser die vlak voor de intrekking een overeenkomst aangaat met de vrijgestelde rechtspersoon en daarbij vertrouwt op de 403-verklaring, zou enkele dagen nadien plotseling – zonder als schuldeiser op de wettelijk voorgeschreven wijze te zijn geïnformeerd – geconfronteerd kunnen worden met de beëindigde overblijvende aansprakelijkheid. Dat zou onaanvaardbaar zijn.

Met Krol en De Neve[27] ben ik het derhalve eens dat het hanteren van de volgorde 'eerst de overblijvende aansprakelijkheid beëindigen en dan pas intrekken' in strijd is met de wet en dat de verzettermijn in de hiervoor bedoelde zaak voor de Rechtbank Rotterdam nooit is aangevangen. De aansprakelijkheid van de consoliderende rechtspersoon liep – anders dan de rechtbank in het dictum oordeelde – derhalve nog gewoon door en de in verzet komende schuldeiser had niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.[28]

3.3 Landelijk verspreid dagblad

De rechtbank oordeelt in Iemants c.s./Hertel Beheer (impliciet) dat dagblad Trouw een landelijk verspreid dagblad is in de zin van art. 2:404 lid 3 onder c BW. Dat is ook in lijn met wat gebruikelijk is, maar met de afname van de oplages van dagbladen in het algemeen is het de vraag of Trouw het eeuwige leven heeft als de kleinste van de 'landelijke verspreide dagbladen'. In 2013 had Trouw nog een oplage van 102.827 exemplaren.[29] Van het derde kwartaal van 2014 tot en met het tweede kwartaal van 2015 was die oplage gedaald tot 89.200 exemplaren.[30] Daarmee is Trouw weliswaar nog een stuk groter dan het Nederlands Dagblad en het Reformatorisch Dagblad, die beide niet worden aangemerkt als landelijk verspreid dagblad,[31] maar het verschil in oplage met de andere landelijk verspreide dagbladen is niet onaanzienlijk. NRC Handelsblad, in oplageaantal na Trouw de eerstvolgende, had in laatstgenoemde periode een oplage van 149.647 en De Tele-

26 Rb. Rotterdam 30 september 2014, JOR 2014/326 m.nt. E. Loesberg (Pergen/Eneco).
27 A.N. Krol & A.G. de Neve, Jurisprudentie jaarrekeningenrecht 2014, TvJ 2015, afl. 3/4, p. 82-93.
28 Vgl. L. Timmerman, Problemen rond de intrekking van een aansprakelijkheidsverklaring. Wat is een landelijk verspreid dagblad?, TVVS 1993, p. 328-329 en Assink & Slagter 2013, p. 2690.
29 Zie <www.oplagen-dagbladen.nl/>, geraadpleegd op 29 december 2015.
30 Zie <https://dundas.reports.nl/NOM/Dashboard/Free>, geraadpleegd op 29 december 2015.
31 Rb. Den Haag 23 mei 2012, JOR 2012/246 m.nt. C.D.J. Bulten, r.o. 4.4 respectievelijk Rb. Den Bosch 26 februari 2002, ECLI:NL:RBSHE:2002:AD9620, r.o. 4.4.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

graaf, de grootste in oplageaantal, 441.230. Bovendien hadden regionale dagbladen als Het Brabants Dagblad en Het Dagblad van het Noorden in diezelfde periode grotere oplages dan Trouw.[32]

De Rechtbank Rotterdam leek het Eneco Holding in een eerdere uitspraak[33] overigens (enigszins) kwalijk te nemen dat zij haar aankondiging van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid had gepubliceerd 'op pagina 31 van de zaterdagbijlage van een relatief klein landelijk dagblad [dagblad Trouw; MvZ]'. Dat lijkt mij een onjuiste overweging, nu de vraag of aan het vereiste van art. 2:404 lid 3 onder c BW is voldaan, naar mijn mening tamelijk digitaal beantwoord dient te worden, namelijk met 'ja' of met 'nee'. De wet geeft geen voorschriften voor plaatsing van de aankondiging op een doordeweekse dag en/of op een bepaalde pagina van het desbetreffende dagblad. Iets begrijpelijker is de overweging van de rechtbank overigens bezien in het licht dat de rechtbank de hiervoor bedoelde overweging gaf in een situatie waarin de consoliderende rechtspersoon, Eneco Holding, volgens de rechtbank bewust het ertoe had geleid dat de enige crediteur van de vrijgestelde rechtspersoon niet op de hoogte zou raken van het voornemen tot beëindiging. Niettemin zou in deze uitspraak kunnen worden gelezen dat Trouw niet zonder meer nog vele jaren als 'landelijk verspreid dagblad' zal worden aangemerkt.

Al in 1996 schreef Maatman een artikel met de sprekende titel 'Verlos ons van het landelijk verspreid dagblad!'[34] Als alternatieven voor publicatie in een landelijk verspreid dagblad bij een fusie, splitsing of beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid noemde hij het persoonlijk inlichten van bekende belanghebbenden en het plaatsen van een aankondiging in een specifieke publicatie, zoals een bepaalde kolom in de Staatscourant. In het huidige tijdsgewricht zou als – moderner – alternatief kunnen worden gedacht aan een systeem waarbij belanghebbenden op de website van bijvoorbeeld de Kamer van Koophandel kunnen aangeven dat zij bij bepaalde gebeurtenissen ten aanzien van één of meer door hen geselecteerde inschrijvingen – zoals een voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid – automatisch een e-mailbericht ontvangen. Daarmee zijn de belangen van schuldeisers mijns inziens (veel) beter gewaarborgd dan in het huidige systeem van publicatie in een landelijk verspreid dagblad en behoort discussie over de vraag of er wel in de juiste krant, op de juiste dag en op de juiste pagina is gepubliceerd tot het verleden.

3.4 Hardheid van de vordering

Art. 2:404 lid 5 BW stelt 'de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt' in de gelegenheid in verzet te komen tegen een voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. De vraag is vervolgens hoe 'hard' een vordering moet zijn om de desbetreffende crediteur verzetgerechtigd te doen zijn.

32 Zie <https://dundas.reports.nl/NOM/Dashboard/Free>, geraadpleegd op 29 december 2015.
33 Rb. Rotterdam 30 september 2014, JOR 2014/326 m.nt. E. Loesberg, r.o. 4.9 (Pergen/Eneco).
34 R.H. Maatman, Verlos ons van het landelijk verspreid dagblad!, WPNR (1996) 6250, p. 930-932.

doi: 10.5553/OenF/157012472016024001005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

De rechtbank trekt in Iemants c.s./Hertel Beheer (r.o. 4.7) uitdrukkelijk de parallel met het conservatoir beslag en overweegt dat het naar zijn oordeel

> 'noodzakelijk maar ook voldoende [is] dat het bestaan van de vorderingen in voldoende mate aannemelijk is. (...) Blijkens de wetsgeschiedenis (...) beoogt dit artikel het evenwicht te bewaren tussen de belangen van de schuldeisers en het belang van de maatschappij die zich aansprakelijk stelde. Indien de enkele betwisting van die vorderingen aan toepasselijkheid van artikel 2:404 BW in de weg zou staan, maakt dit de bescherming van "oude" schuldeisers illusoir. Anderzijds dient te worden gewaakt voor een al te lichtvaardig beroep op de hier bedoelde regeling, nu – zoals Hertel Beheer terecht aanvoert – het stellen van zekerheid beslag legt op de financiële slagkracht van een onderneming. Naar analogie van het beslagrecht dient ook terzake van de onderhavige regeling, de vordering in voldoende mate aannemelijk te zijn.'

Annotator Bartman meent, anders dan de rechtbank, dat een schuldeiser eerst gerechtigd is tot het doen van verzet indien de desbetreffende schuld een 'in of buiten rechte erkende, vaststaande schuld' is.

De Ondernemingskamer overwoog recent in dit verband – maar in een andere zaak – dat door de rechter moet worden beoordeeld 'of er tenminste een reële, zij het mogelijk geringe, kans is dat de desbetreffende vordering in rechte zal worden toegewezen'.[35] Volgens de Ondernemingskamer is een vordering reëel als die 'niet zeer klein' is. Het betreft volgens de Ondernemingskamer slechts 'een oppervlakkige toets die minder ver gaat dan (...) de opvatting dat [crediteuren] hun vordering summierlijk aannemelijk moeten maken'.

Het moet er dus – zolang de Hoge Raad niet anders oordeelt dan de rechtbank en de Ondernemingskamer in de hiervoor genoemde uitspraken – voor worden gehouden dat als een crediteur ook maar enigszins een onderbouwing kan geven voor zijn (beweerde) vordering, hij door de rechter zal worden aangemerkt als verzetgerechtigd. Slechts in sprekende gevallen is te verwachten dat een rechter een in verzet komende partij niet als 'schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt' in de zin van art. 2:404 lid 5 BW zal aanmerken. Helemaal risicoloos is het doen van verzet zonder een reële vordering mijns inziens niet, omdat in ieder geval misbruik van verzetrecht (of beter: verzet doen zonder het recht daartoe te hebben) op de voet van art. 6:162 BW in bepaalde gevallen tot schadeplichtigheid zal kunnen leiden.

3.5 Bewijslastverdeling

Kort gezegd moet voor een crediteur die dat verlangt zekerheid worden gesteld voor de voldoening van diens vorderingen waarvoor nog aansprakelijkheid loopt, tenzij de desbetreffende crediteur na het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid, gezien de vermogenstoestand van de (voormalig) vrijgestelde

35 Hof Amsterdam (OK) 9 december 2015, JOR 2016/7 m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.7 (Propertize).

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

rechtspersoon of uit anderen hoofde, voldoende waarborgen heeft dat zijn vorderingen worden voldaan.

Hertel Beheer betoogde, naar analogie met art. 2:316 BW (inzake verzet tegen een voorgenomen fusie), dat het aan CKT – de schuldeiser – zou zijn om te stellen en zo nodig te bewijzen dat zij zonder de 403-vordering op Hertel Beheer onvoldoende waarborgen had voor de voldoening van haar (beweerde) vorderingen. De rechtbank ging daar niet in mee en overwoog dat de formulering van de wettekst aangeeft dat de wetgever bij een verzet als bedoeld in art. 2:404 BW de bewijslast heeft willen leggen bij de consoliderende rechtspersoon. Het is dus aan de consoliderende rechtspersoon om te stellen – en zo nodig te bewijzen – dat de crediteur ook zonder de 403-vordering voldoende waarborg heeft voor de voldoening van zijn vordering.[36]

Een dergelijke stelling dient volgens deze uitspraak concreter te zijn dan de enkele stelling dat de nieuwe aandeelhouder kapitaalkrachtig is en een aanzienlijke kapitaalstorting had gedaan. Op een vergelijkbare wijze oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland eerder al dat het enkele feit dat een vrijgestelde rechtspersoon door de Nederlandse Staat was genationaliseerd, ontoereikend was om aan te nemen dat schuldeisers voldoende waarborg hadden voor de voldoening van hun vorderingen.[37] Ook na verder debat in die zaak over de jaarrekening van de vrijgestelde rechtspersonen oordeelde de rechtbank (en later ook de Ondernemingskamer[38]) dat er te veel onzekerheden waren om aan te kunnen nemen dat schuldeisers voldoende waarborg hadden voor de voldoening van hun schulden.[39]

Ook in de zaak Van Gansewinkel Groep/Gemeente Rotterdam c.s. bleek dat het lastig kan zijn om de rechter ervan te overtuigen dat een crediteur voldoende waarborg heeft voor de voldoening van zijn vorderingen.[40] Van Gansewinkel Groep had naast enkele garanties onder meer een 403-verklaring gedeponeerd waarin zij zich aansprakelijk had gesteld voor de uit rechtshandelingen van AVR Afvalverwerking voortvloeiende schulden. Daarnaast had Van Gansewinkel Groep zich jegens twee deelnemingen van de Gemeente Rotterdam in een letter of awareness verbonden om de 403-verklaring niet in te trekken dan nadat zij aan die deelnemingen mededeling zou doen van het voornemen tot intrekking en bovendien om vervangende zekerheid te stellen in plaats van de 403-verklaring. In 2013 verkocht Van Gansewinkel Groep haar aandelen in het kapitaal van AVR Afvalverwerking aan de derde, First NL, en in 2014 trok Van Gansewinkel Groep de door haar gedeponeerde 403-verklaring in, maar zonder mededeling aan de twee deelnemingen van de Gemeente Rotterdam.

36 Hof Amsterdam (OK) 9 december 2015, JOR 2016/7 m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.19 (Propertize).
37 Rb. Midden-Nederland 7 mei 2014, JOR 2014/260 m.nt. C.M. Harmsen, r.o. 3.15 (Propertize).
38 Hof Amsterdam (OK) 9 december 2015, JOR 2016/7 m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.40 (Propertize).
39 Rb. Midden-Nederland 5 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5519, r.o. 2.4-2.5 (Propertize).
40 Rb. Rotterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8545, r.o. 4.14 (Van Gansewinkel Groep/Gemeente Rotterdam c.s.).

doi: 10.5553/OenF/157012472016024001005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Van Gansewinkel Groep vorderde in conventie kort gezegd onder meer dat zij niet meer gebonden was door de door haar verstrekte garanties. In reconventie vorderden de Gemeente Rotterdam en haar twee hiervoor genoemde deelnemingen dat Van Gansewinkel Groep verplicht zou worden om alsnog vervangende zekerheid te stellen in plaats van de ingetrokken 403-verklaring. Zowel in conventie als in reconventie bracht Van Gansewinkel Groep naar voren dat de Gemeente Rotterdam c.s. voldoende waarborg had voor de voldoening door AVR Afvalverwerking van diens verbintenissen jegens de Gemeente Rotterdam c.s., reeds omdat de nieuwe aandeelhouder een 403-verklaring had gedeponeerd en kapitaalkrachtig was. De Rechtbank Rotterdam eiste een gelijkwaardige zekerheid als de 403-verklaring van Van Gansewinkel Groep en achtte de door First NL gedeponeerde 403-verklaring daartoe ontoereikend. In conventie achtte de rechtbank Van Gansewinkel Groep nog steeds gebonden aan een deel van de garanties en in reconventie veroordeelde de rechtbank Van Gansewinkel Groep om vervangende zekerheid te stellen.

3.6 403-verklaring als alternatief voor een 'reguliere' concerngarantie

Een zijstap: de partijen in de onderhavige zaak (Van Gansewinkel Groep/Gemeente Rotterdam c.s.) hebben de door Van Gansewinkel Groep gedeponeerde 403-verklaring uitdrukkelijk als een vervanging/alternatief voor een 'reguliere' concerngarantie gezien. Dat is een in de praktijk regelmatig voorkomende handelwijze.[41] Vaak wordt dan afgesproken dat de crediteur – in afwijking van de wettelijke regeling van art. 2:404 BW – separaat op de hoogte wordt gesteld van een intrekking van de 403-verklaring en – veel belangrijker – beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Dit laatste is veel belangrijker omdat met de enkele intrekking de aansprakelijkheid van de rechtspersoon die de 403-verklaring aflegde, niet verdwijnt. Bij beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid gebeurt dat wel en schuldeisers zouden vooral daarvan op de hoogte gesteld moeten willen worden, en ook in dat geval kan het aangewezen zijn om vervangende zekerheid te verlangen.

In de onderhavige zaak diende de schuldeiser op grond van de letter of awareness van de intrekking op de hoogte te worden gebracht en diende op dat moment vervangende zekerheid te worden gesteld. Het stellen van vervangende zekerheid voor de voldoening van schulden uit reeds aangegane rechtshandelingen na intrekking van een 403-verklaring komt mij enigszins onlogisch voor. Immers, er is op dat moment nog weinig te vervangen, aangezien de aansprakelijkheid nog gewoon bestaat. Bij gebruikmaking van een 403-verklaring als alternatief voor een 'reguliere' concerngarantie is het zaak om duidelijk af te spreken dat voornamelijk de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid specifiek aan de crediteur gemeld moet worden en dat en op welke wijze in dat geval vervangende zekerheid gesteld dient te worden. De afspraak dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de consoliderende rechtspersoon jegens de crediteur zal blijven bestaan

41 Zie bijv. Rb. Rotterdam 30 september 2014, JOR 2014/326 m.nt. E. Loesberg, r.o. 2.3-2.4 (Pergen/Eneco).

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

indien niet aan de meldingsplicht wordt voldaan, kan een goede stok achter de deur zijn. Ten slotte is van belang dat dergelijke afspraken tussen de crediteur en de consoliderende rechtspersoon worden gemaakt. Het maken van die afspraak met de 'primaire' schuldenaar heeft niet veel zin, omdat de crediteur nu juist van de consoliderende rechtspersoon zekerheid wil hebben. In de zaak Pergen/Eneco was de afspraak dat de consoliderende rechtspersoon melding moest doen van intrekking van de 403-verklaring, maar die afspraak was met de 'primaire' schuldenaar gemaakt en niet met de consoliderende rechtspersoon.[42] Stel vervolgens dat de intrekking niet (tijdig) wordt gemeld. Dan is de 'primaire' schuldenaar schadeplichtig jegens de crediteur op grond van art. 6:74 BW. Maar de schade zal nu juist doorgaans het bedrag zijn dat de crediteur niet op de 'hoofdschuldenaar' heeft kunnen verhalen wegens bijvoorbeeld insolventie. Verhaal van die schade is dan ook niet mogelijk.

4 De redelijkheid en billijkheid in het kader van 403-aansprakelijkheid

In de woorden van Bartman zijn de regels omtrent 403-aansprakelijkheid in beginsel *hard and fast*.[43] De enige mechanismen om die harde regels ietwat te verzachten zijn in feite de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW en een beroep op art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid). Dat zijn forse drempels om overheen te gaan. Twee afzonderlijke uitspraken uit 2014 illustreren dat een beroep op de voormelde artikelen doorgaans slechts slaagt indien een partij doelbewust een andere partij tracht te benadelen.[44]

Een beroep van een werkneemster op een al vele jaren niet meer relevante 403-verklaring (de rechtspersoon ten behoeve waarvan de 403-verklaring was afgelegd, was al jaren geen groepsmaatschappij meer van de rechtspersoon die de 403-verklaring had afgelegd), het bestaan waarvan zij zich eerder zelfs niet bewust was, werd gehonoreerd door de Ondernemingskamer.[45] Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid door de hoofdelijke 403-schuldenaar werd niet gehonoreerd.

In de zaak Pergen/Eneco kwam een crediteur (Pergen V.O.F.) drie dagen na het einde van de verzettermijn in verzet tegen een voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid door de consoliderende rechtspersoon (Eneco Holding N.V.).[46] Het beroep van Eneco Holding op de overschrijding van de verzettermijn werd door de rechtbank aangemerkt als 'misbruik van recht door Eneco Holding' en de rechtbank oordeelde 'dat haar om die reden geen beroep

42 Rb. Rotterdam 30 september 2014, JOR 2014/326 m.nt. E. Loesberg, r.o. 2.3 (Pergen/Eneco).
43 Noot sub 7 onder Rb. Utrecht 10 november 2010, JOR 2011/6 m.nt. S.M. Bartman (De With Holding/Houdstermaatschappij G.T. Lekkerkerker).
44 Zie ook M.R.C. van Zoest, Moeten bekende grote schuldeisers separaat op de hoogte worden gebracht van beëindiging van de overblijvende 403-aansprakelijkheid?, V&O 2014, afl. 1, p. 1-4.
45 Hof Amsterdam (OK) 11 september 2014, JOR 2014/233 m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.10 (Koks/Van Lieshout).
46 In de zin van art. 2:404 lid 2 BW.

doi: 10.5553/OenF/157012472016024001005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

[toekwam] op de – overigens geringe – termijnoverschrijding'.[47] Het misbruik van Eneco Holding was erin gelegen dat Eneco Holding het er naar het oordeel van de rechtbank welbewust op had aangestuurd dat de verzettermijn zou verstrijken vóórdat de schuldeiser (als enige crediteur) over de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid zou worden geïnformeerd.

5 Capita selecta

Ten slotte zal ik in deze bijdrage nog kort stilstaan bij twee 'losse' onderwerpen in verband met 403-aansprakelijkheid, te weten verjaring van 403-vorderingen en de vraag wat de reikwijdte is van 'uit rechtshandelingen voortvloeiend'.

5.1 Verjaring van 403-vorderingen

Op 19 juni 2015[48] liet de Hoge Raad een arrest van het Gerechtshof Den Haag[49] in stand, waarin het hof oordeelde dat op het moment dat een vordering op grond van een door de vrijgestelde rechtspersoon aangegane rechtshandeling ontstond, gelijktijdig ook een vordering ontstond op de rechtspersoon die ten behoeve van de vrijgestelde rechtspersoon een 403-verklaring had afgelegd. Om die reden zijn de verjaringstermijnen van beide vorderingen gelijktijdig aangevangen. Volgens het hof waren beide vorderingen in het hem voorgelegde geval (daarom) gelijktijdig verjaard.

Hoewel het arrest van het hof voor meerdere uitleg vatbaar is, legt de advocaat-generaal bij de Hoge Raad het arrest zo uit dat het hof niet zou hebben aangenomen dat het enkele feit dat de vorderingen op de vrijgestelde rechtspersoon verjaard zijn noodzakelijkerwijs ook betekent dat de 403-vorderingen verjaard zijn.[50]

Zie over de verjaring van 403-vorderingen nader Van der Kraan, die meent dat de 403-vordering eerst ontstaat als de consoliderende rechtspersoon wordt aangesproken, waardoor verschillende aanvangsmomenten zouden gelden voor de 'primaire' vordering en de 403-vordering.[51] Daar is mijns inziens wel wat op af te dingen. Mijns inziens zijn twee situaties te onderscheiden: (1) de situatie waarin de 403-verklaring al is gedeponeerd op het moment dat de 'primaire' vordering ontstaat en (2) de situatie waarin de 'primaire' vordering al bestaat op het moment dat de 403-verklaring wordt gedeponeerd (en in de 403-verklaring aansprakelijkheid voor de desbetreffende 'primaire' vordering wordt aanvaard).

In het eerste geval zullen de verjaringstermijnen van de 'primaire' vordering en de 403-vordering gelijktijdig aanvangen. Immers, de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een 403-verklaring een rechtshandeling is 'op grond waarvan rechtstreeks aan-

47 Rb. Rotterdam 30 september 2014, JOR 2014/326 m.nt. E. Loesberg, r.o. 4.9 (Pergen/Eneco).
48 HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1691 (X/Eneco).
49 Hof Den Haag 18 maart 2014, JOR 2015/93 m.nt. S.M. Bartman, r.o. 8.
50 Concl. A-G Timmerman van 17 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:523, sub 3.5.
51 J. van der Kraan, De verjaring van een 403-vordering, O&F 2015, afl. 2, p. 15-27.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

sprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat'.[52] Of een 403-vordering nu een vordering in de zin van art. 3:306 of 3:307 BW is,[53] op hetzelfde moment dat de 'primaire' vordering ontstaat c.q. opeisbaar wordt, ontstaat ook de 403-vordering c.q. wordt de 403-vordering opeisbaar. Met Van der Kraan ben ik het eens dat voor beide vorderingen een aparte verjaringstermijn gaat lopen, die bijvoorbeeld afzonderlijk van elkaar gestuit kunnen worden.

In het tweede geval – de 'primaire' vordering bestaat al op het moment dat de 403-verklaring wordt afgegeven – is de verjaringstermijn van de 'primaire' vordering al eerder aangevangen dan de verjaringstermijn van de 403-vordering, die immers niet eerder kan ontstaan dan het deponeren van de 403-verklaring. In dat geval zullen de verjaringstermijnen van de 'primaire' vordering en de 403-vordering niet gelijk lopen. Wenselijk lijkt mij dit alles overigens niet, omdat de feitelijke samenhang van de 'primaire' vordering en de 403-vordering mijns inziens een van de 'primaire' vordering afhankelijke 403-vordering rechtvaardigt. Voor mij is dit reden temeer om de wetgever aan te sporen om van de 403-verklaring een meer 'borgtochtachtige' figuur te maken, omdat verjaring van de hoofdvordering dan het tenietgaan van de borgtocht (de 403-vordering) meebrengt.[54]

5.2 Wat betekent 'uit rechtshandelingen voortvloeiend'?

Aan de Rechtbank Midden-Nederland is de vraag voorgelegd of een vordering tot schadevergoeding wegens schending van een bancaire zorgplicht valt onder de reikwijdte van een 403-verklaring waarin aansprakelijkheid is aanvaard voor uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden. De rechtbank legt 'uit rechtshandelingen voortvloeiend' (erg) ruim uit en oordeelt dat ook schending van een bancaire zorgplicht voortvloeit uit een rechtshandeling, omdat er voor het bestaan – en dus voor schending – van die zorgplicht een contractuele relatie moet bestaan.[55] Dat gaat volgens veel schrijvers wel erg ver, temeer omdat schending van een bancaire zorgplicht doorgaans wordt aangemerkt als een onrechtmatige daad en dus niet (rechtstreeks) als een 'uit een rechtshandeling voortvloeiende schuld', zoals is vereist voor een (voor de toepassing van het groepsregime toereikende) 403-verklaring.[56]

Inmiddels heeft de Ondernemingskamer de voormelde beschikking – en de daaropvolgende vervolgbeschikkingen – bekrachtigd. De Ondernemingskamer overweegt dat een bancaire zorgplicht ook kan ontstaan op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid en dus wel (rechtstreeks) uit een overeenkomst kan voortvloeien.[57] De Ondernemingskamer overweegt voorts dat in het concrete geval de crediteur zijn vordering ook daadwerkelijk (mede) had

52 HR 28 juni 2002, NJ 2002/447 m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.4.3 (Akzo Nobel/ING).

53 Met Van der Kraan zou ik menen dat een 403-vordering niet een vordering uit overeenkomst is en dus niet onder art. 3:307 BW, maar onder art. 3:306 BW valt.

54 Art. 7:853 BW.

55 Rb. Midden-Nederland 7 mei 2014, JOR 2014/260 m.nt. C.M. Harmsen, r.o. 3.6-3.7 (Propertize).

56 Zie bijv. de noot van C.M. Harmsen onder Rb. Midden-Nederland 7 mei 2014, JOR 2014/260 (Propertize).

57 Hof Amsterdam (OK) 9 december 2015, JOR 2016/7 m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.10 (Propertize).

Onderneming en Financiering 2016 (24) 1
doi: 10.5553/OenF/157012472016024001005

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

gegrond op wanprestatie. Aldus valt de vordering van de crediteur onder de reikwijdte van de 403-verklaring. Wel overweegt de Ondernemingskamer dat het oordeel in een verzetprocedure een voorlopig oordeel is over de vraag of de desbetreffende schuld onder de reikwijdte van de 403-verklaring valt. In een bodemprocedure kan de rechter dus nog anders oordelen. Opvallend is dat de Ondernemingskamer niet specifiek ingaat op de vraag of de redenering van de rechtbank juist was, maar in de overweging van de Ondernemingskamer dat '*voor zover* de curatoren hun vordering baseren op schending van contractuele verplichtingen (...) hun vordering derhalve [valt] onder het bereik van de 403-verklaring' (cursivering MvZ), valt met enige goede wil wellicht wel te lezen dat de Ondernemingskamer een iets beperktere uitleg van 'uit rechtshandelingen voortvloeiend' voorstaat dan de rechtbank had gedaan.

6 Slot: *still confused, but hopefully on a higher level*

In de afgelopen jaren heeft de Hoge Raad aan een aantal onduidelijkheden een einde gemaakt. Te denken valt aan vragen omtrent voorrechten en achterstelling. Andere onderwerpen, zoals de kwalificatie van 403-vorderingen en welke vorderingen nu precies uit rechtshandelingen voortvloeien, zijn nog steeds niet geheel duidelijk. De grote hoeveelheid uiteenlopende opvattingen maakt het soms moeilijk om te zien of een discussiepunt nu eigenlijk al is beslecht of niet. Hopelijk draagt dit artikel bij aan de overzichtelijkheid ten aanzien van een aantal onderwerpen. Voor echte duidelijkheid zou mijns inziens inmiddels toch wel een rol voor de wetgever zijn weggelegd. Hopelijk pakt die de handschoen op.