

Formele benadering beëindiging overblijvende aansprakelijkheid uit 403-verklaring

*Mr. drs. V.L. Staal**

Inleiding

In deze tijden van recessie staat de aansprakelijkheidsstelling in het kader van artikel 2:403 BW (hierna: de 403-verklaring) weer volop in de belangstelling. Het is voor vennootschappen die tot een groep behoren, vaak wenselijk om de financiële cijfers op te nemen in een geconsolideerde jaarrekening, aangezien dit kan leiden tot een administratieve lastenverlichting. Door de consolidatie kan een crediteur de financiële positie van de dochtervennootschap niet goed beoordelen en voorwaarde voor de consolidatie is dat de moedervennootschap heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van de dochtervennootschap door middel van een 403-verklaring. De 403-verklaring compenseert zo het gebrek aan inzicht voor de crediteur. Echter, bij een verkoop van de dochtervennootschap aan een derde wordt nog wel eens vergeten om de 403-verklaring in te trekken en om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen.

In deze bijdrage zal ik een recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam behandelen waaruit volgt dat de rechtbank vasthoudt aan de formele vereisten voor het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid. Ik zal vervolgens kort stilstaan bij het onderscheid tussen het intrekken van de 403-verklaring en het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid en daaraan verbonden voorwaarden. Ten slotte zal ik aan de hand van deze uitspraak illustreren dat er meer ruimte zou moeten zijn voor een beroep op de redelijkheid en billijkheid als *ultimum remedium*, indien niet aan alle voorwaarden voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid is voldaan.

Rechtbank Rotterdam 16 april 2009¹

Op 30 november 2001 heeft moedervennootschap Jones Lang LaSalle B.V. (hierna: Jones) ten behoeve van haar toenmalige dochter Jones Lang LaSalle Project & Development Services B.V. een 403-verklaring afgegeven. In maart 2004 verkoopt Jones de aandelen in haar dochtervennootschap aan B.F. van Bos Holding B.V. (hierna: Bos) en de naam van de voormalige dochtervennootschap Jones Lang LaSalle Project & Development Services B.V. wordt gewijzigd in Delro B.V. (hierna: Delro).

Jones vergeet om ten tijde van de verkoop van Delro direct de 403-verklaring in te trekken en doet dit pas op 10 december 2008. Jones wenst daarnaast ook de overblijvende aansprakelijkheid voor Delro te beëindigen, hetgeen op 11 december 2008 is gepubliceerd in een landelijk verspreid dagblad. In januari 2009 faillieert Delro en heeft een aantal crediteuren verzet aangekend tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Bos, de nieuwe moedervennootschap van Delro, is een van de crediteuren en zij vordert zekerheid van Jones voor haar intercompany-vorderingen.

De rechtbank bepaalt dat de 403-verklaring een niet tot een bepaalde partij gerichte rechtshandeling is, op grond waarvan rechtstreekse aansprakelijkheid van Jones is ontstaan. De eisen van de rechtszekerheid brengen volgens de rechtbank met zich mee dat Jones aan de 403-verklaring en de overblijvende aansprakelijkheid kan worden gehouden, totdat de 403-verklaring rechtsgeldig is ingetrokken of de overblijvende aansprakelijkheid rechtsgeldig is beëindigd. Van een rechtsgeldige beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid is in casu geen sprake, omdat niet aan de daaraan verbonden voorwaarden is voldaan. De conclusie van de rechtbank is dan ook dat Jones jegens de crediteuren (waaronder Bos) aansprakelijk is voor de voldoening van hun vorderingen op Delro, en daarom op grond van artikel 2:404 lid 4 BW gehouden is zekerheid te stellen of een andere waarborg te geven voor de voldoening van de schulden van Delro.

Intrekking 403-verklaring en overblijvende aansprakelijkheid

Uit artikel 2:404 lid 1 BW volgt dat de 403-verklaring op ieder moment door de moedervennootschap kan worden ingetrokken door middel van een daartoe strekkende intrekkingverklaring bij het handelsregister. Hiermee voorkomt de moedervennootschap aansprakelijkheid voor schulden die voortkomen uit rechtshandelingen van de dochtervennootschap, nadat op de intrekking van de aansprakelijkheidsverklaring een beroep kan worden gedaan. Echter, het is evident dat zo'n intrekking geen terugwerkende kracht heeft, omdat de crediteuren op deze 403-verklaring moeten kunnen vertrouwen bij het aangaan van rechtshandelingen met de dochtervennootschap. Dit heeft tot gevolg dat de aansprakelijkheid voor schulden die voortvloeien

* Mr. V.L. Staal is werkzaam als advocaat bij Allen & Overy.

1. Rb. Rotterdam 16 april 2009, JOR 2009, 161.

uit rechtshandelingen van de dochtervennootschap die zijn verricht voordat een beroep kan worden gedaan op de intrekking van de 403-verklaring, blijft bestaan. Hierbij moet men denken aan duurovereenkomsten, zoals huurovereenkomsten, arbeidsovereenkomsten en leasecontracten. Dit wordt de 'overblijvende aansprakelijkheid' genoemd.

Voorwaarden beëindigen overblijvende aansprakelijkheid

Het spreekt vanzelf dat ook de overblijvende aansprakelijkheid door de moedervennootschap moet kunnen worden beëindigd als de dochtervennootschap geen deel meer uitmaakt van de groep en er dus ook geen sprake meer is van een geconsolideerde jaarrekening. Om de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen beëindigen, moet ingevolge artikel 2:404 lid 3 BW aan een aantal voorwaarden worden voldaan, die dienen als waarborgen voor de bestaande crediteuren. Die voorwaarden zijn de volgende:

1. De dochtervennootschap (de hoofdschuldenaar) behoort niet meer tot de groep van de moedervennootschap die de oorspronkelijke 403-verklaring heeft neergelegd.
2. Een mededeling van het voornemen tot beëindiging heeft ten minste twee maanden lang ter inzage gelegen ten kantore van het handelsregister waar de dochtervennootschap is ingeschreven.
3. Ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling vermeld onder 2 ter inzage ligt.
4. Tegen het voornemen heeft de crediteur niet tijdig verzet gedaan of zijn verzet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijk rechterlijke uitspraak ongegrond verklaard.

Pas indien aan alle vier de voorwaarden is voldaan, wordt de overblijvende aansprakelijkheid voor rechtshandelingen verricht door de dochtervennootschap voor het neerleggen van de intrekkingverklaring beëindigd.

Toepassing formele criteria

Zoals reeds gezegd houdt de ratio van de 403-verklaring verband met de mogelijkheid om de jaarrekening van de dochtervennootschap te mogen consolideren met die van de moedervennootschap. Het is van belang dat crediteuren op de 403-verklaring moeten kunnen vertrouwen, maar mijns inziens wordt in de onderhavige casus de achterliggende gedachte van de 403-verklaring door deze formele benadering uit het oog verloren. Dit geldt met name voor de toegekende vordering van Bos, zijnde de nieuwe moedervennootschap van Delro. Uit de aansprakelijkheidsstelling van Jones blijkt dat zij hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaardt voor de dochtervennootschap in het kader van artikel 2:403 BW. De 403-verklaring luidt als volgt:

'De ondergetekende, Jones Lang LaSalle B.V., Rotterdam, verklaart hierbij zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit de rechtshandelingen van Jones Lang LaSalle Project & Development Services B.V. [Delro; VS] voortvloeiende schulden in de zin van Artikel 403, lid 1, sub f van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.'

Het is dan ook voor alle partijen duidelijk dat deze verklaring wordt afgegeven door Jones, omdat zij de jaarcijfers van de groep wenste te consolideren. Zodra een dochtervennootschap wordt verkocht aan een derde en er niet langer geconsolideerd kan worden, dient de 403-verklaring voor de moedervennootschap veelal geen enkel doel meer en moet deze zo spoedig mogelijk worden ingetrokken. In dit geval is Jones vergeten om de 403-verklaring in te trekken, en doet zij dit pas vier jaar later en wil zij direct ook de overblijvende aansprakelijkheid beëindigen. Een aantal crediteuren, waaronder Bos, komt hiertegen in verzet en de rechtbank gaat hierin mee omdat niet aan de vier cumulatief geldende voorwaarden is voldaan.

Aan de eerste voorwaarde wordt in casu voldaan. Delro is immers in 2004 verkocht aan Bos. De tweede en de derde voorwaarde creëren een informatieverplichting voor Jones, zodat de crediteuren tijdig verzet kunnen aantekenen. De crediteuren verliezen mogelijk een belangrijke verhaalsmogelijkheid indien de overgebleven aansprakelijkheid wordt beëindigd. Als er geen verzet is gedaan of als dit verzet is ingetrokken, dan wel door de rechter ongegrond verklaard, is ook aan de vierde voorwaarde voldaan.

Voor Bos is het echter van meet af aan duidelijk geweest dat Jones per abuis vergeten was de 403-verklaring in te trekken, omdat Bos Delro zelf reeds in 2004 heeft overgenomen. Vervolgens heeft Bos in de periode na de overname tot aan de intrekking van de 403-verklaring de nodige overeenkomsten met haar nieuwe dochtervennootschap gesloten en zijn er rekening-courantverhoudingen ontstaan. Ten slotte is Bos als moedervennootschap (in)direct verantwoordelijk voor het faillissement van Delro begin 2009.

Het is mijns inziens dan ook in strijd met de redelijkheid en billijkheid dat Bos haar vorderingen op Delro nog kan verhalen op Jones. De overige voorwaarden voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid bieden Bos in casu de mogelijkheid om te profiteren van het administratieve slippertje van Jones, terwijl deze voorwaarden hier duidelijk niet voor bedoeld zijn. Bovendien creëert deze formele benadering ruimte voor misbruik, aangezien Bos in theorie veel vrijheid heeft bij het opstellen van de intercompany-overeenkomsten en hierdoor in theorie eenvoudig een grotere aansprakelijkheid van Jones zou kunnen bewerkstelligen.

Conclusie

Uit deze uitspraak volgt dat voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid strikt wordt vastgehouden aan de formele vereisten van artikel 2:404 lid 3 BW. De eisen van de rechtszekerheid brengen volgens de rechtbank met zich mee dat aan alle vier de cumulatief geldende voorwaarden moet zijn voldaan, alvorens de overblijvende aansprakelijkheid kan worden beëindigd. Deze formele benadering kan mogelijk echter leiden tot een onredelijke uitkomst en er zou in dit geval ruimte moeten zijn voor een beroep op de redelijkheid en billijkheid.