

De 403-verklaring voor uitgevaren dochters: alertheid geboden

*Mr. M. J. Janssen**

Inleiding

In recente rechtspraak heeft de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (hierna: OK)¹ de lijn in de jurisprudentie bestendigd: het belang van de schuldeiser gaat boven het belang van de vergeetachtige moeder. Een moeder die vergeet de door haar afgegeven 403-verklaring in te trekken en de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen en vervolgens wordt aangesproken, komt geen beroep toe op redelijkheid en billijkheid. Een dergelijk 'klein foutje' van de moeder wordt dus hard bestraft. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat de rechtszekerheid vereist dat aan de eisen gesteld in artikel 2:404 BW moet zijn voldaan, alvorens de 403-verklaring rechtsgeldig is ingetrokken en de overblijvende aansprakelijkheid is beëindigd. Gegeven de achtergrond van de 403-verklaring is dit ook niet zo gek. De gedachte achter de 403-verklaring is dat een dochteronderneming haar verplichting om via de jaarrekening aan schuldeisers zicht te bieden op haar financiële positie kan 'afruilen' tegen onder andere aansprakelijkstelling door een derde.² Binnen een concern heeft dit als groot voordeel dat er geen publicatieplicht geldt voor de cijfers van de dochters waarvoor de moeder een 403-verklaring heeft afgegeven. Hierdoor worden de administratielasten en -kosten binnen een concern beperkt. In ruil daarvoor moeten de schuldeisers van deze dochtervennootschappen wel worden beschermd. De publicatieplicht heeft immers als doel om onder meer schuldeisers te beschermen. Zie ook de considerans bij de Vierde Richtlijn betreffende de jaarrekening,³ artikel 2:403 BW is hier een implementatie van.

Is de starheid van de OK dan gepast? Mijns inziens niet. De formele benadering die gekozen is ten aanzien van de gebondenheid van de 403-verklaring lijkt mij in lijn met de gedachte achter deze regeling. Echter, er zijn situaties denkbaar waarbij een beroep op de redelijkheid en billijkheid naar mijn mening wel zou moeten slagen.

In deze bijdrage zal ik de recente uitspraken van de OK bespreken. Ik zal daarbij ingaan op de formele benadering van

de OK ten aanzien van de gebondenheid aan de 403-verklaring. Ook stip ik nog kort een andere recente uitspraak aan waar ook deze formele benadering werd gevolgd. Vervolgens zal ik bespreken waarom ik meen dat in sommige gevallen een beroep op de redelijkheid en billijkheid wel moet slagen; ik zal daarbij verschillende situaties schetsen. Ook zal ik de mogelijkheden verkennen waarmee een dergelijke situatie voorkomen zou kunnen worden, bijvoorbeeld door het stellen van de groepsband als voorwaarde voor de werking van een 403-verklaring.

Hoeveholding tegen Ster

Het betreft hier twee appèlbeschikkingen van de OK in verzetprocedures op grond van artikel 2:404 lid 15 BW. In deze bijdrage zal ik enkel ingaan op de verzetprocedure die aanhangig is gemaakt door de curator. Ik zal daarbij niet ingaan op de discussie over de zogeheten 'Peeters-Gatzen-vordering'. Ik verwijs naar de noot van Bartman⁴ in dit kader.

Op 30 januari 1990 heeft Hoeveholding B.V. (hierna: Hoeveholding) ten behoeve van haar toenmalige dochtervennootschappen – waaronder Ster Koeriers B.V. (hierna: Ster) – een 403-verklaring afgegeven. Vanaf 1998 behoort Ster (met een aantal andere voormalige dochtervennootschappen van Hoeveholding) niet meer tot de groep van Hoeveholding en vormt zij een afzonderlijke groep met andere voormalige dochtervennootschappen van Hoeveholding. Hoeveholding vergeet op dat moment om de 403-verklaringen in te trekken. Ster is bij vonnis van de Rechtbank Almelo van 21 november 2007 in staat van faillissement verklaard. Bij exploit van 12 december 2007 heeft de curator van Ster (hierna: de curator) zich beroepen op de 403-verklaring van Hoeveholding. Op 29 februari 2008 trekt Hoeveholding de bewuste 403-verklaring voor Ster in. Hoeveholding wenst daarnaast ook de overblijvende aansprakelijkheid voor Ster te beëindigen, hetgeen op 5 maart 2008 is gepubliceerd in een landelijk verspreid dagblad. Op 10 april 2008 heeft de curator verzet gedaan tegen het voornemen van Hoeveholding tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van – onder meer – Ster.

* Mr. M.J. Janssen is werkzaam als advocaat bij Allen & Overy.

1. Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010, 93 en Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010, 94.
2. S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2009, p. 221.
3. Vierde Richtlijn van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (78/660/EEG).

4. S.M. Bartman in par. 2 en 3 van zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010, 94.

De Rechtbank Almelo⁵ bepaalt dat intercompany-vorderingen onder de 403-verklaring vallen. Volgens de rechtbank heeft de 403-verklaring ten behoeve van externe werking ook interne werking. Het doel en de strekking van een 403-verklaring zijn juist dat de crediteuren van een tot een groep behorende vennootschap zich geen zorgen hoeven te maken over de intercompany-verhoudingen. Dat men binnen een groep inzicht heeft in elkaars vermogenspositie, doet daar niet aan af. De curator kan zodoende de intercompany-vorderingen vanwege deze interne werking van de 403-verklaring ook bij Hoeveholding incasseren.

Ook bepaalt de rechtbank dat Hoeveholding gebonden is aan de 403-verklaring zolang deze verklaring niet met toepassing van artikel 2:404 BW is ingetrokken en de overblijvende aansprakelijkheid niet overeenkomstig het in dit artikel bepaalde is beëindigd. Naar het oordeel van de rechtbank komt uit een oogpunt van rechtszekerheid en een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden en risico's meer gewicht toe aan de (niet-ingetrokken) gepubliceerde verklaring dan aan de omstandigheden waaruit degene die van de toepasselijke wetsbepaling op de hoogte is, zou kunnen afleiden dat er naar alle waarschijnlijkheid voor Hoeveholding geen reden meer was voor handhaving van die aansprakelijkheid. De rechtbank meent dat de redelijkheid en billijkheid zich juist niet verzetten tegen een beroep op de 403-verklaring. De rechtbank houdt hiermee vast aan de formele benadering ten aanzien van de gebondenheid aan de 403-verklaring zoals deze ook gevolgd wordt door de Rechtbank Rotterdam in *BosGijze Holding B.V. c.s. tegen Jones Lang LaSalle B.V.*⁶ (zie hierna).

De OK bekrachtigt in hoger beroep het vonnis van de rechtbank. Ook de OK oordeelt dat intercompany-vorderingen onder de 403-verklaring vallen. De door Hoeveholding afgegeven 403-verklaring maakt hier ook geen uitzondering voor en bovendien kent de wettekst ook geen uitzondering voor bepaalde soorten schulden uit rechtshandelingen. Evenals externe schuldeisers behoeven groepsmaatschappijen de waarborg van de aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij indien zij door het ontbreken van een jaarrekening die voldoet aan de inrichtingsvereisten van titel 9 van Boek 2 BW, minder inzicht hebben in de financiële positie van een andere groepsmaatschappij.

Ten aanzien van het door Hoeveholding gevoerde verweer dat de redelijkheid en billijkheid zich verzetten tegen het oordeel van de rechtbank dat Ster een beroep op de 403-verklaring toekomt, is de OK met de rechtbank van oordeel dat uit een oogpunt van rechtszekerheid en een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden en risico's – gelet ook op het feit dat het hier professionele partijen betreft – meer gewicht dient toe te komen aan de – niet-ingetrokken – 403-verklaring van Hoeveholding dan aan de omstandigheid dat Ster heeft geweten, althans had kunnen weten, dat er voor Hoeveholding

geen reden was om de aansprakelijkheid te handhaven. De OK voegt daaraan toe dat honorering van het beroep op de redelijkheid en billijkheid het onredelijke gevolg zou hebben dat Ster geen enkele mogelijkheid heeft gehad om gebruik te maken van haar wettelijke recht van verzet tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.

BosGijze tegen Jones Lang LaSalle

De formele benadering van de OK werd ook gevolgd door de Rechtbank Rotterdam in haar uitspraak van 16 april 2009 (*BosGijze Holding B.V. c.s. tegen Jones Lang LaSalle B.V.*). Volgens de Rechtbank Rotterdam brengen de eisen van rechtszekerheid met zich mee dat Jones Lang LaSalle B.V. aansprakelijk blijft voor schulden van haar toenmalige dochter tot het moment dat de 403-verklaring rechtsgeldig is ingetrokken en de overblijvende aansprakelijkheid is beëindigd. Van een rechtsgeldige beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid kan pas sprake zijn indien is voldaan aan de vier cumulatief geldende voorwaarden vermeld in artikel 2:404 lid 3 aanhef en onder a tot en met d BW. Naar aanleiding van deze uitspraak is in de literatuur de vraag opgeworpen of het vasthouden aan deze formele benadering niet kan leiden tot een onredelijke uitkomst en of er in dergelijke gevallen geen ruimte zou moeten zijn voor een beroep op de redelijkheid en billijkheid.⁷ Van der Zanden is het eens met het oordeel van de Rechtbank Rotterdam dat het feit dat verzoekers weten dat de groepsband was beëindigd, niet voldoende is om de aansprakelijkheid te beëindigen. Wel meent Van der Zanden dat ten aanzien van een groepsmaatschappij van koper de aansprakelijkheid zou behoren te eindigen. Immers, deze groepsmaatschappij is niet 'onkundig' van het feit dat de vennootschap waarvoor de 403-verklaring door de oude moeder is afgegeven, niet langer tot de groep van die oude moeder behoort.⁸ De Rechtbank Rotterdam past, net als de OK, een dergelijke correctie echter niet toe.

Een beroep op de redelijkheid en billijkheid

In zijn noot bij de Hoeveholding-uitspraak geeft Bartman aan dat ook hij ernstige twijfels heeft bij de harde algemene regel die de OK hier hanteert. Bartman kan zich nauwelijks voorstellen dat bepaalde gegevens nimmer gewicht in de schaal kunnen leggen en nimmer tot een billijkheidscorrectie kunnen leiden ten gunste van de vergeetachtige ex-moeder.⁹ In casu wist Ster dat Hoeveholding de 403-verklaring was vergeten in te trekken. Het is goed denkbaar dat er nog andere omstandigheden een rol kunnen spelen. Bartman noemt als voorbeeld de situatie waarbij de cijfers van de betreffende dochtervennootschap geconsolideerd worden door haar nieuwe moedermaatschappij, of dat de nieuwe moedermaatschappij een 403-verklaring voor deze dochtervennootschap heeft afgegeven, of de

5. Rb. Almelo 24 juni 2008, JOR 2008, 227.

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

7. V.L. Staal, Formele benadering beëindiging overblijvende aansprakelijkheid uit 403-verklaring, *V&O* 2009, p. 211.

8. P.M. van der Zanden in zijn noot bij Rb. Rotterdam 16 april 2009, JOR 2009, 161.

9. S.M. Bartman in par. 8 van zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010, 94.

situatie waarbij de bedrijfsjurist van de ex-moeder die destijds de 403-verklaring heeft opgesteld, is meegegaan met de uitgevaren dochter. Deze situaties zouden zich in de praktijk kunnen voordoen. De vraag die opkomt, is of ook dan geen beroep op de redelijkheid en billijkheid mogelijk is. Deze formele benadering kan er namelijk toe leiden dat de oude dochter of nieuwe moeder kan profiteren van een 'foutje' van de ex-moeder.

Ik zou daar nog aan toe willen voegen dat er onderscheid gemaakt kan worden tussen schulden uit rechtshandelingen die zijn verricht vóór het verbreken van de groepsband en schulden uit rechtshandelingen die zijn verricht ná het verbreken van de groepsband. Voor deze eerste categorie kan men stellen dat de moeder in ieder geval tot het verbreken van de groepsband aansprakelijk was en daar ook bewust voor gekozen heeft. De moeder heeft namelijk zelf de 403-verklaring voor deze schulden afgegeven. Bovendien gaat het hier om schulden uit rechtshandelingen die zijn verricht toen de dochter nog deel uitmaakte van het concern van de moeder. Als zodanig had de moeder dus invloed hierop, het gebeurde in haar 'huis'. Maar wat te denken van de schulden die zijn ontstaan nadat de dochter is uitgevaren? De moeder had op dat moment geen invloed meer op haar ex-dochter, zij had geen zicht meer op de door de dochter verrichte rechtshandelingen en zodoende geen idee waarvoor zij zich – door een fout – aansprakelijk stelde. Had de moeder de 403-verklaring direct na het verbreken van de groepsband ingetrokken, dan was zij überhaupt nooit aansprakelijk geworden voor deze schulden. Ik zou menen dat een beroep op de redelijkheid en billijkheid in ieder geval voor deze categorie zou moeten kunnen slagen. Zeker als het beroep op de aansprakelijkstelling wordt gedaan door de nieuwe moeder of ex-dochter in de gevallen dat zij nu juist wel invloed konden uitoefenen op de rechtshandelingen waaruit deze schulden zijn ontstaan.

Mogelijke oplossingen?

Voorlopig lijkt de rechtspraak niet deze kant op te gaan. Zodoende zal een moedermaatschappij zeer alert moeten zijn wanneer zij de groepsband verbreekt met dochters waarvoor zij een 403-verklaring heeft afgegeven. Maar niet alleen de moeder, ook de advocaten die de moeder in een verkoop bijstaan, zullen alert moeten zijn. Een dergelijk 'klein foutje' met dusdanige grote gevolgen lijkt mij een beroepsfout. De vraag die opkomt, is of dit dan niet te voorkomen is. De wet stelt geen eisen aan de bewoordingen van de 403-verklaring. Met dien verstande dat als de verklaring minder ver gaat dan artikel 2:403 lid 1 sub f BW vergt, deze niet voldoet aan de voorwaarden voor vrijstelling en de dochtervennootschap waarvoor de 403-verklaring is afgegeven, daarom wel moet publiceren. De aansprakelijkstelling geldt in dat geval wel. Ook de intrekingsverklaring ex artikel 2:404 lid 1 BW is vormvrij. De gedachte zou kunnen opkomen om de bij het handelsregister te deponeren 403-verklaring dusdanig op te stellen dat deze tegelijk een intrekingsverklaring behelst, met als voorwaarde voor intrekking het verbreken van de groepsband. Daarboven-

op zou de 403-verklaring de voorwaarde kunnen bevatten dat indien de groepsband wordt verbroken ook de overblijvende aansprakelijkheid eindigt. Helaas gaat deze vlieger mijns inziens niet op. De rechtszekerheid is hier in het geding. Het moment van verbreken van de groepsband zou dan het moment zijn waarop de aansprakelijkheid eindigt, maar hoe weet een schuldeiser dat de groepsband is verbroken? Een dergelijke intrekking van een 403-verklaring lijkt dan ook niet conform de strekking van de wet te zijn. Ten aanzien van de overblijvende aansprakelijkheid geldt dat deze pas wordt beëindigd wanneer een viertal voorwaarden is vervuld. Het verbreken van de groepsband is slechts een van deze voorwaarden, zodoende kan de overblijvende aansprakelijkheid ook niet op deze wijze worden beëindigd.

Conclusie

Uit de Hoeveholding-uitspraak volgt dat wordt vastgehouden aan de formele benadering ten aanzien van de gebondenheid aan de 403-verklaring. Uit een oogpunt van rechtszekerheid en een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden en risico's dient volgens de OK meer gewicht toe te komen aan de – niet-ingetrokken – 403-verklaring dan aan de omstandigheid dat de ex-dochter heeft geweten, althans had kunnen weten, dat er voor haar ex-moeder geen reden was om de aansprakelijkheid te handhaven. Deze formele benadering kan tot een onredelijke uitkomst voor de vergetachtige moeder leiden. Het advies is dan ook: 'Moeder, blij alert!'