

De verzettermijn van artikel 2:404 lid 5 BW – fataal of toch flexibel?

*Mr. K. Bungenberg**

Inleiding

Het verstrekken van een 403-verklaring is slechts in weinig Europese landen mogelijk. In de Nederlandse praktijk wordt hier echter veel gebruik van gemaakt, waardoor de perikelen hieromtrent uitgebreid zijn besproken in literatuur en jurisprudentie. Een onderwerp dat in dit verband tot nu toe nauwelijks aan bod is gekomen, is de verzettermijn voor crediteuren bij het voornemen tot intrekking van de overblijvende aansprakelijkheid. Naar aanleiding van een recente beschikking van de Rechtbank Rotterdam¹ wordt in het navolgende de vraag behandeld hoe fataal – of juist hoe flexibel – deze verzettermijn is. In dit kader wordt eerst de wettelijke achtergrond van de beëindiging van de toekomstige en overblijvende aansprakelijkheid geschetst. Vervolgens wordt ingegaan op de beschikking van de Rechtbank Rotterdam en de consequenties daarvan, toegespitst op de verzettermijn. Ten slotte wordt de benadering van de wetgever behandeld.

Beëindiging van de toekomstige en overblijvende aansprakelijkheid

De aansprakelijkheid op grond van een in het verleden afgegeven 403-verklaring kan worden beëindigd. Artikel 2:404 van het Burgerlijk Wetboek (BW) geeft hiervoor een regeling, waarbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen het beëindigen van de toekomstige aansprakelijkheid (art. 2:404 lid 1 BW) en het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid (art. 2:404 lid 3 BW).

Beëindiging van de toekomstige aansprakelijkheid (art. 2:404 lid 1 BW)

Om haar toekomstige aansprakelijkheid te beëindigen kan de moeder een afgelegde 403-verklaring intrekken. Een dergelijke intrekking leidt tot beëindiging van de toekomstige aansprakelijkheid van de moeder, wat betekent dat de moeder niet meer aansprakelijk is voor schulden van de dochter die ná de datum van intrekking zijn ontstaan.² Door een besluit van het bestuur van de moeder tot intrekking, de deponering van een intrekkingverklaring bij de Kamer van Koophandel en een publicatie daarvan op de website van de Kamer van Koophan-

del kan de 403-verklaring worden ingetrokken.³ Schuldeisers van de dochter hebben geen mogelijkheid om tegen een dergelijke intrekking verzet aan te tekenen.

Beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid (art. 2:404 lid 3 BW)

Met overblijvende aansprakelijkheid wordt de aansprakelijkheid voor schulden van de dochter die hun oorsprong vinden vóór de intrekking van de 403-verklaring bedoeld. In tegenstelling tot de beëindiging van de toekomstige aansprakelijkheid kent de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid meer formele vereisten. Ten eerste dient het groepsverband tussen moeder en dochter te worden verbroken (art. 2:404 lid 3 onder a BW). Vervolgens dient de beëindigingsmededeling bij de Kamer van Koophandel te worden gedeponeerd en in een landelijk verspreid dagblad te worden aangekondigd (art. 2:404 lid 3 onder b en c BW). Tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid kunnen de schuldeisers van de dochter gedurende twee maanden na de aankondiging in het dagblad verzet bij de bevoegde rechtbank aantekenen (art. 2:404 lid 5 BW). Als de verzettermijn van twee maanden is verstreken, is hiermee aan het laatste formele vereiste voldaan. Een dergelijk verzet wordt ongegrond verklaard indien de schuldeiser over voldoende zekerheid beschikt dat zijn vordering(en) ook na beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid kan (kunnen) worden voldaan. Een gegrond verklaard verzet heeft relatieve werking,⁴ wat impliceert dat de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid eindigt jegens schuldeisers die niet in verzet zijn gegaan. Alleen ten aanzien van de schuldeisers die tijdig in verzet zijn gegaan en van wie het verzet gegrond wordt verklaard, wordt de overblijvende aansprakelijkheid als niet beëindigd beschouwd.

Een flexibele termijn: de beschikking van de Rechtbank Rotterdam

Het karakter van de verzettermijn van artikel 2:404 lid 5 BW is in het verleden nog niet vaak ter sprake gekomen. Op 30 september 2014 heeft de Rechtbank Rotterdam zich daarover uitgelaten door middel van een beschikking die aanleiding geeft tot de vraag hoe wenselijk het is dat de verzettermijn

* Mr. K. Bungenberg is advocaat bij NautaDutilh te Rotterdam.

1. Rb. Rotterdam 30 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8032, JOR 2014/326.
2. H.E. Boschman & J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid*, in: W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen, *Handboek ondernemingsrecht 2013/2014*, Zutphen: Walburg Pers 2013, p. 709.

3. Boschman & Wezeman 2013, p. 709.

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

mijn van artikel 2:404 lid 5 BW al dan niet als fataal wordt gehanteerd. Ter illustratie wordt hieronder kort het feitelijke kader van de beschikking geschetst, toegespitst op het verstrijken van de verzettermijn van artikel 2:404 lid 5 BW, en wordt de beslissing van de rechter uiteengezet.

Achtergrond en kern van het geschil

X staat aan het hoofd van een groep en houdt alle aandelen in vennootschap Y. Y is in het leven geroepen om uitvoering te geven aan een leveringsovereenkomst met A. X heeft een 403-verklaring voor Y bij de Kamer van Koophandel gedeponereerd. A en Y hebben vervolgens de leveringsovereenkomst gesloten, op basis waarvan A goederen aan Y levert.

Een aantal jaren nadat de leveringsovereenkomst is afgesloten, heeft X een verklaring omtrent haar voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid voor schulden van Y te beëindigen overeenkomstig artikel 2:404 lid 3 onder b BW bij de Kamer van Koophandel gedeponereerd. In de beëindigingsmededeling wordt vermeld dat de reden voor de intrekking een herstructurering binnen de groep is, waardoor Y niet meer tot de groep van X behoort. Het voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen is door X in een Nederlands dagblad aangekondigd (art. 2:404 lid 3 onder c BW) en exact twee maanden later is de intrekkingverklaring bij de Kamer van Koophandel gedeponereerd. Y heeft op de datum van verstrijken van de verzettermijn van artikel 2:404 lid 5 BW een brief aan A gestuurd met de informatie dat een herstructurering binnen de groep van X plaats zou vinden, waardoor Y niet meer tot de groep ging behoren. Drie dagen ná ontvangst van de brief van Y en daarmee drie dagen ná verloop van de verzettermijn tekent A overeenkomstig artikel 2:404 lid 5 BW verzet tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid aan.

De beslissing en gerezen vragen

De rechter komt tot de conclusie dat de termijn van artikel 2:404 lid 5 BW weliswaar een fatale termijn is, maar dat A niettemin ontvankelijk is in haar verzet. De rechter voert aan dat X, als moedervenootschap van Y, misbruik van recht heeft gemaakt, waardoor haar geen beroep op de termijnoverschrijding toekomt. Volgens de rechter ligt het misbruik van recht erin besloten dat X welbewust op het verstrijken van de verzettermijn heeft aangestuurd. A is de enige schuldeiser van Y en de leveringsovereenkomst vertegenwoordigt een aanzienlijk financieel belang voor X. De gang van zaken (deponering van de beëindigingsmededeling, publicatie van de beëindigingsmededeling, mededeling aan A over organisatorische wijzigingen) levert volgens de rechter een dergelijk misbruik op. Op basis van deze redenering acht de rechter het door A in haar verzoekschrift aangetekend verzet als tijdig, ook al is de verzettermijn verlopen en zelfs terwijl X aan alle formele vereisten op grond van artikel 2:404 BW heeft voldaan. De rechter heeft uit de uit artikel 6:2 BW voortvloeiende eisen van redelijkheid en billijkheid afgeleid dat in dit specifieke geval de verzettermijn als niet fataal heeft te gelden.

De eerste vraag die naar aanleiding van de beslissing van de Rechtbank Rotterdam opkomt, is hoe en wanneer een moedervenootschap zeker kan zijn dat haar overblijvende aansprakelijkheid is geëindigd. Deze beslissing dient de rechtszekerheid niet. Moet de moedervenootschap niet de zekerheid hebben dat na afloop van de verzettermijn haar overblijvende aansprakelijkheid is geëindigd voor de schulden van de dochter, behoudens een tijdig aangetekend verzet? Het is wenselijk om deze vraag bevestigend te beantwoorden.⁵ Dit zou het moment van beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid namelijk definitief vastleggen en zowel moeder alsook dochter daaromtrent zekerheid geven. Met de beschikking heeft de Rechtbank Rotterdam onzekerheid gecreëerd en een aantal vragen opgeroepen: wanneer eindigt nu de overblijvende aansprakelijkheid van X? Waar wordt de grens getrokken bij een te laat ingediend verzet? Zou veertien dagen onder dezelfde omstandigheden ook nog als tijdig kwalificeren?

Een fatale termijn: naar de geest van de wet

Deze vragen geven aanleiding om naar de bedoeling van de wetgever in verband met de verzettermijn van artikel 2:404 lid 5 BW te kijken. In plaats van de verzettermijn onder de gegeven omstandigheden als flexibel te behandelen, had de rechter de termijn ook als fataal kunnen handhaven. Dan had de rechter het verzet dat A drie dagen ná verloop van de verzettermijn had ingediend als ongegrond moeten kwalificeren en de overblijvende aansprakelijkheid van X was op de datum van verlopen van de verzettermijn geëindigd.

Verdiend deze benadering in het kader van de rechtszekerheid niet de voorkeur? Partijen kunnen er dan namelijk zeker van zijn dat enige overblijvende aansprakelijkheid is geëindigd op het moment dat aan alle formele vereisten van artikel 2:404 BW is voldaan. Hierbij dient in gedachte te worden gehouden dat het bij geschillen rondom de intrekking van de 403-verklaring meestal (net zoals in de beschikking van de Rechtbank Rotterdam) om professionele partijen gaat. Hebben professionele partijen niet een informatieverplichting omtrent de status van de 403-verklaringen waarop ze vertrouwen? In dit verband bieden de wetteksten en de wetsgeschiedenis houvast: de wetgever heeft de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad in het kader van de publicatieverplichting van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid als voldoende geacht. De gedachte daarbij is dat niet van de moeder kan worden geëist om alle individuele schuldeisers van de beëindiging op de hoogte te stellen. Daaruit lijkt voort te vloeien dat er wel degelijk een onderzoeksplicht op de schuldeiser rust en dat de schuldeiser daarom regelmatig dient na te gaan of een beëindigingsmededeling is gepubliceerd of bij de Kamer van Koophandel is gedeponereerd.⁶ Dit uitgangspunt is

5. C. Spierings, Verbintenisrechtelijke aspecten van de 403-verklaring, NTBR 2012/14.

6. A.A. Muilwijk-Schaaïj, A.F.L. Geerdes & C.M.E. Russell-van der Hoeven, Intrekking 403-verklaring. Is de schuldeiser tijdig in verzet gekomen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid? RO 2015/7.

niet onbegrijpelijk, gezien het feit dat professionele partijen doorgaans adviseurs ter beschikking hebben en daarom geen extra bescherming nodig hebben.⁷

Conclusie

De beschikking van de Rechtbank Rotterdam sluit aan bij de beschikking van het Gerechtshof Amsterdam van 23 juli 1993, waarin is geoordeeld dat er onder omstandigheden een verplichting is om een enig crediteur separaat op de hoogte van een beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid te stellen.⁸ Op die manier zou een dergelijke crediteur de nodige stappen kunnen nemen om zich tegen de beëindiging te verzetten. Opgemerkt moet echter worden dat uit deze beschikking geen algemene verplichting kan worden afgeleid om bekende grote schuldeisers over het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid te informeren.⁹ Bovendien is hier sprake van een andere feitenconstellatie en was in de uitspraak van 29 juli 1993 niet aan alle formele vereisten van artikel 2:404 BW voldaan (er was niet in een landelijk verspreid dagblad gepubliceerd, maar in een kleiner blad). Mijns inziens is de benadering die aansluit bij de wettekst en wetsgeschiedenis, juist die dat geen separate mededeling aan de schuldeisers van de dochter vereist is. Dit houdt verband met de onderzoeksverplichting die op professionele partijen dient te rusten.

Uit het voorgaande blijkt dat de beantwoording van de vraag of de verzettermijn van artikel 2:404 lid 5 BW al dan niet fataal is uiteindelijk op een afweging tussen de strenge hantering van de verzettermijn en een billijkheidscorrectie op basis van artikel 6:2 BW neerkomt. De Rechtbank Rotterdam heeft ervoor gekozen om onder de gegeven omstandigheden de verzettermijn als niet fataal te kwalificeren. Ik ben het daarmee oneens. Gezien het feit dat het in dergelijke geschillen om professionele partijen gaat, ligt het voor de hand om ervan uit te gaan dat na voldoening aan alle formele vereisten van artikel 2:404 BW de overblijvende aansprakelijkheid als beëindigd moet worden beschouwd. Een dergelijke benadering dient de rechtszekerheid en zou discussie in de toekomst hieromtrent voorkomen. Overigens betekent dat niet dat er in een bepaald geval geen andere gronden voor aansprakelijkheid kunnen zijn, gezien de manier waarop de moeder vennootschap te werk is gegaan.

Naast het hanteren van een fatale termijn zou in de praktijk een duidelijke regeling met betrekking tot het eindigen van de overblijvende aansprakelijkheid uitkomst kunnen bieden. Zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat de overblijvende aansprakelijkheid van rechtswege na verloop van een zekere perio-

de ná publicatie van de beëindigingsmededeling eindigt.¹⁰ Dit zou – in dit geval – door X en A contractueel kunnen worden afgesproken, door bijvoorbeeld een einddatum overeen te komen.

7. Spierings 2012.

8. Hof Amsterdam 23 juli 1993, ECLI:NL:GHAMS:2014:2887, NJ 1994/132 (Teeuwissen/Teletrade).

9. M.R.C. van Zoest, Moeten bekende grote schuldeisers separaat op de hoogte worden gebracht van beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid?, *V&O* 2014, p. 1-4.

10. Eerder voorgesteld door J.P.H. Zwemmer, De 403-verklaring en de aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten (en andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen, *Ondernemingsrecht* 2011/45.