

Aansprakelijkheid op grond van de 403-verklaring

Een bespreking van enkele aspecten van de 403-verklaring aan de hand van de Jones Lang LaSalle-uitspraak

B. Niels

1 Inleiding

In concernverband is het onder omstandigheden toegestaan om publicatie van de jaarrekening van een dochtermaatschappij (hierna: de dochter) achterwege te laten. Deze regeling is vastgelegd in artikel 2:403 Burgerlijk Wetboek (BW). Voorwaarden daarbij zijn onder andere dat de jaarrekening van de dochter wordt geconsolideerd in de jaarrekening van de moedermaatschappij (hierna: de moeder) en dat de moeder verklaart zich aansprakelijk te stellen voor de schulden van de dochter. De 403-verklaring kan door de moeder worden ingetrokken, maar de aansprakelijkheid voor oude schulden blijft bestaan. Indien de dochter de groep heeft verlaten, kan deze overblijvende aansprakelijkheid worden beëindigd, waartegen crediteuren in verzet kunnen komen.

In het huidige economische klimaat zal de belangstelling van zowel crediteuren als hoofdelijke debiteuren voor deze 403-aansprakelijkheid ongetwijfeld toenemen. Uit de praktijk en uit de rechtspraak blijkt echter dat nog de nodige onduidelijkheid bestaat over de uitleg van artikel 2:403 BW en de reikwijdte van de gedeponeerde 403-verklaring, waardoor enerzijds de moeder aansprakelijk kan zijn zonder dat het noodzakelijk is en anderzijds de dochter in strijd met de wettelijke regelgeving geen jaarrekening heeft gepubliceerd. Bovendien wordt regelmatig door de moeder die een dochter heeft afgestoten, vergeten de verklaring ten behoeve van die dochter in te trekken en de aansprakelijkheid te beëindigen. Dit was eveneens aan de orde in de recente Jones Lang LaSalle-zaak, waarin bovendien ook enkele andere interessante aspecten van de 403-aansprakelijkheid aan bod komen. Deze uitspraak van Rechtbank Rotterdam biedt mij de gelegenheid de problematiek die samenhangt met de 403-verklaring naar de huidige stand van zaken te bespreken. Hierbij zal ik ook steeds aandacht besteden aan de mate waarin de Nederlandse regeling in overeenstemming is met Europese regelgeving.

In paragraaf 2 zet ik eerst kort de wettelijke regeling uiteen. In paragraaf 3 geef ik de feiten en de standpunten van partijen in de Jones Lang LaSalle-zaak weer. Vervolgens zal ik in paragraaf 4 de problematiek met betrekking tot de ratio van de bepaling, de reikwijdte van de 403-verklaring en de rol van de redelijkheid en billijkheid in dit verband naar de huidige stand van zaken bespreken. In paragraaf 5 bespreek ik het oordeel van de rechtbank in het licht van de bevindingen in paragraaf 4. In paragraaf 6 volgen nog enkele afsluitende opmerkingen.

B. Niels

2 De wettelijke regeling

2.1 Artikel 2:403 BW

Hoewel de Nederlandse wet al een regeling voor een groepsvrijstelling kende voordat er een Europese regeling tot stand kwam¹ – in zekere zin stond de Nederlandse regeling model voor de Europese regeling – is artikel 2:403 BW de implementatie van een bepaling uit de Vierde richtlijn betreffende de jaarrekening.² Deze Vierde richtlijn en de Zevende richtlijn³ regelen de publicatie en consolidatie van de jaarrekeningen van (groeps)vennootschappen. Uit de considerans bij deze richtlijnen blijkt dat de consolidatie ten doel heeft een beter inzicht te verschaffen en dat zowel de publicatie- als de consolidatieplicht hoofdzakelijk ten doel heeft aandeelhouders en derden te beschermen. In de Vierde richtlijn is in artikel 57 de mogelijkheid geschapen onder omstandigheden vennootschappen uit te zonderen van de publicatieplicht indien onder andere de moederonderneming zich *garant verklaart* voor de aangegane verplichtingen van de dochter.⁴

De Nederlandse wetgever heeft deze bepaling van de richtlijn vastgelegd in artikel 2:403 lid 1 onderdeel f BW: ‘De [consoliderende] rechtspersoon of vennootschap [heeft] schriftelijk verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden.’ De wetgever heeft dus niet gekozen voor een garantstelling, maar voor hoofdelijke aansprakelijkheid. De vraag rijst of deze interpretatie in strijd is met de richtlijn.

De hoofdelijke aansprakelijkheid is neergelegd in artikel 6:6 e.v. BW: de hoofdelijke schuldenaar is aansprakelijk voor de gehele schuld en van hem kan nakoming worden gevorderd zonder dat er sprake is van wanprestatie van de debiteur.⁵ De garantstelling is niet wettelijk geregeld en hiervoor geldt nagenoeg volledige contractsvrijheid.⁶ De garantstelling kenmerkt zich doordat deze subsidiair is en doordat de garant, anders dan de hoofdelijk schuldenaar, niet de verweermiddelen van de debiteur kan inroepen.⁷ De wettelijke regeling is mijns inziens op dit punt conform de richtlijn, omdat de nationale regeling de doelstelling van de richtlijn in dit opzicht

- 1 De groepsvrijstelling werd achtereenvolgens geregeld in art. 13 lid 3 Wet op de Jaarrekening van Ondernemingen in samenhang met art. 42c (later 57w) Wetboek van Koophandel, art. 38a Wet op de Jaarrekening van Ondernemingen en art. 2:343 BW. De diverse regelingen werden overigens steeds gewijzigd.
- 2 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).
- 3 Zevende Richtlijn van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g) van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening (83/349/EEG).
- 4 Art. 57 lid 1 onderdeel c Vierde Richtlijn.
- 5 Zie o.a. W.J. Slagter, Compendium van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 538.
- 6 W.M. Kleijn in: H.E. Claringbould, Contracten in de praktijk, Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 29-30.
- 7 F.H.J. Mijnsen, De bankgarantie, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 14.

beter dient dan de richtlijn, nu hoofdelijke aansprakelijkheid verder strekt dan een garantstelling.⁸

De Hoge Raad heeft zich tot op heden één keer uitgelaten over de 403-verklaring. In het arrest Akzo/ING⁹ meende de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer bij het bepalen van de reikwijdte van de 403-verklaring ten onrechte de strekking van het artikel voorop had gesteld:

‘Wat deze verklaring (...) in een concreet geval inhoudt moet worden vastgesteld door uitleg daarvan. Daarbij zal in beginsel vooral moeten worden gelet op de aard van deze verklaring.’ De crediteur kan jegens de moeder geen recht ontlenen aan artikel 2:403 BW, doch uitsluitend aan de door deze gedeponeerde verklaring. Volgens de Hoge Raad is de 403-verklaring een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling die geen afhankelijk recht in het leven roept. De door de Ondernemingskamer aangenomen borgtocht blijkt niet uit de gedeponeerde verklaring, noch kan hoofdelijke aansprakelijkheid op een lijn worden gesteld met borgtocht.¹⁰

In de literatuur zijn de meningen ten aanzien van de overwegingen van de Hoge Raad verdeeld.¹¹ Ik onderschrijf het standpunt van Wibier dat het invoeren van de 403-verklaring een wilsrecht is dat niet afzonderlijk overdraagbaar is.¹² Dit recht ontstaat zodra door de dochter een rechtshandeling wordt verricht, en de 403-verklaring kan worden ingeroepen zonder dat nakoming van de verbintenis die voortvloeit uit de rechtshandeling van de dochter is gevorderd, hetgeen de hoofdelijke aansprakelijkheid kenmerkt. Er is echter wel een aantal argumenten dat zou pleiten voor het toestaan van subsidiariteit in de 403-verklaring zelf:

1. de richtlijn vereist een garantie en subsidiariteit voldoet daaraan;
2. subsidiariteit is conform de ratio: als de debiteur geen verhaal meer biedt, kan men zich wenden tot de moeder;
3. de dochter is veel beter in staat nakoming te bieden dan de moeder, die vaak hooguit de schade kan vergoeden; en

8 Deze opvatting wordt gedeeld in de literatuur. Zie o.a. H.C.F. Schoordijk, Hoofdelijkheid in het algemeen en de 2:403 lid 1 sub f verklaring in het bijzonder, in: M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Trust en onderneming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 64. Conclusie A-G Wesseling-van Gent bij NJ 2002/447 (Akzo/ING), ond. 2.19, ond. 2.21. H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen, een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers* (diss). Deventer: Kluwer 1995, p. 293.

9 Zie voor een uitvoerige analyse van dit arrest H. Beckman, *Commentaar bij HR 28 juni 2002, Ondernemingsrecht 2002-15 en A.G. De Neve, De concernvrijstellingsregeling: de 403-aansprakelijkstelling volgens de Hoge Raad, Tvl 2002/5 en de aldaar aangehaalde literatuur.*

10 HR 28 juni 2002, NJ 2002/447 (Akzo/ING), r.o. 3.4.2-3.4.6.

11 Vergelijk bijvoorbeeld: H.C.F. Schoordijk 2003, p. 62 en p. 79, die het ‘te dwaas voor woorden’ vindt dat de crediteur zich rechtstreeks tot de moeder kan wenden zonder dat de dochter te kennen heeft gegeven niet te zullen betalen. Zie ook S.M. Bartman, *403-verklaring blijft bron van misverstand*, *Ondernemingsrecht 2004 1/2*, p. 50-51 en ook zijn annotatie bij dit arrest, *JOR 2002/136*, onderdeel 2; W.M. Blom, *Het schuldbegrip in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW*, V&O 2005, nr. 10, p. 180.

12 R.M. Wibier, *403-perikelen vanuit een goederenrechtelijk perspectief*, *Ondernemingsrecht 2008-5*, p. 181-183.

B. Niels

4. de crediteur van de dochter heeft slechts aanspraak op de boedel van de moeder voor zover de vordering niet door de dochter is voldaan, hetgeen minder nadelig is voor de crediteuren van de moeder.

Ondanks deze goede argumenten lijkt het mij niet mogelijk subsidiariteit in de verklaring op te nemen,¹³ omdat de wetgever bewust heeft afgeweken van de richtlijn en hoofdelijke aansprakelijkheid vereist.

2.2 Beëindiging en intrekking van de 403-verklaring

Toekomstige aansprakelijkheid kan worden beëindigd door intrekking van de verklaring ingevolge artikel 2:404 lid 1 BW. De verklaring van intrekking wordt gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel (KvK), die ervoor zorgt dat daarvan zo spoedig mogelijk mededeling wordt gedaan in het publicatieblad of ander even doeltreffend instrument. Uit lid 2 blijkt dat aansprakelijkheid blijft doorlopen voor schulden uit rechtshandelingen die zijn aangegaan tot het tijdstip waarop jegens schuldeisers op de intrekking een beroep kan worden gedaan.¹⁴ Deze overblijvende aansprakelijkheid kan op grond van artikel 2:404 lid 3 BW worden beëindigd in geval van verbreking van de groepsband. De mededeling van het voornemen tot beëindiging moet worden neergelegd bij het handelsregister en moet minimaal twee maanden ter inzage liggen. Bovendien moet het voornemen worden aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad. De schuldeiser wiens vordering binnen de aansprakelijkheid valt, kan in verzet komen tegen de beëindiging.

Omdat de richtlijn ziet op een garantieverklaring is hierin geen regeling opgenomen voor de intrekking van de aansprakelijkheidsverklaring. Dat intrekking van de verklaring de aansprakelijkheid voor *nieuwe* schulden uitsluit, zal niet in strijd zijn met de richtlijn. Wel kan men zich afvragen of het beëindigen van de *overblijvende* aansprakelijkheid overeenstemt met het bepaalde in artikel 57 van de richtlijn.¹⁵ Een garantieverklaring kan men immers niet eenzijdig beëindigen. Ik meen echter dat de beëindigingsregeling met voldoende waarborgen is omkleed, zodat de crediteuren afdoende worden beschermd.

De aansprakelijkheidsverklaring moet een minimale geldingsduur hebben, namelijk tot en met de laatste dag van het boekjaar. In de literatuur wordt betoogd dat de beëindigingsregeling een onnodige verzwarende is en dat de resterende aansprakelijkheid zou moeten eindigen bij de eerstvolgende publicatie van de volledige jaarrekening.¹⁶ Men gaat er dan echter aan voorbij dat de extra zekerheid een rol kan

13 In die zin ook A. Ramanna, Kwalificatie van de 403-verklaring, Tijdschrift voor Jaarrekeningrecht 2008 1/2, p. 17.

14 H. Beckman en T. van Wijngaarden, Sdu Commentaar Ondernemingsrecht, 2006, p. 1402/1403: duurcontracten die zijn aangegaan voor de intrekking blijven onder de aansprakelijkheid vallen.

15 H. Beckman, Commentaar bij HR 28 juni 2002, Ondernemingsrecht 2002-15, p. 487.

16 Beckman 1995, p. 535-536 en 588. Anders: S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2006, p. 204-205 en M.A.L.M. Willems, Commentaar bij Rb Utrecht 31 juli 1996, Tijdschrift voor Insolventierecht 1997-1, p. 15.

hebben gespeeld bij de totstandkoming van een overeenkomst tussen de crediteur en de rechtspersoon.¹⁷

3 De Jones Lang LaSalle-zaak

3.1 *De feiten in de Jones Lang LaSalle-zaak*¹⁸

Op 30 november 2001 heeft Jones Lang LaSalle BV (JLL), ten aanzien van haar toenmalige dochtervennootschap (Delro) een 403-verklaring gedeponneerd. Op 17 maart 2004 heeft JLL alle aandelen in het kapitaal van Delro verkocht aan B.F. van den Bos Holding B.V (Bos Holding). Pas op 10 december 2008 heeft JLL de aansprakelijkstelling ingetrokken en op 11 december 2008 heeft JLL het voornemen kenbaar gemaakt de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Bij vonnis van 20 januari 2009 is Delro in staat van faillissement verklaard.

De diverse crediteuren komen tijdig in verzet tegen het voornemen van JLL de aansprakelijkheid voor Delro te beëindigen in de zin van artikel 2:404 BW. Het gaat om intercompany rekening-courantverhoudingen, schoonmaakdiensten, huur-overeenkomsten betreffende kantoorruimte, autoleaseovereenkomsten, en huur-overeenkomsten betreffende telefoonapparatuur. Aan de rechtbank wordt de vraag voorgelegd of de vorderingen van de crediteuren vorderingen zijn waarvoor nog aansprakelijkheid bestaat in de zin van artikel 2:404 BW.

3.2 *Het algemene verweer van JLL*

Als algemeen verweer voert JLL aan dat de crediteuren zich niet op de 403-verklaring kunnen beroepen, omdat zij wisten of behoorden te weten dat Delro geen onderdeel meer uitmaakte van de groep van JLL. Delro was immers enkele jaren eerder verkocht aan Bos Holding en JLL is vergeten de 403-verklaring in te trekken. JLL betoogt in dit verband dat de achtergrond van de 403-verklaring is dat derden de financiële positie van hun (beoogde) contractuele wederpartij moeten kunnen beoordelen, hetgeen niet kan gebeuren aan de hand van de jaarrekening van die wederpartij indien voor haar een groepsvrijstelling geldt. In dat geval is noodzakelijk dat de moeder, wier jaarrekening wel gepubliceerd wordt, zich ter compensatie hoofdelijk aansprakelijk stelt.

Een crediteur die wist of had kunnen weten dat de groepsband tussen JLL en Delro was beëindigd en dat JLL nimmer heeft beoogd de 403-verklaring werking te laten hebben voor schulden van een verkochte vennootschap, kan zich aldus nimmer op een 403-verklaring beroepen, hetgeen eens temeer geldt voor een crediteur die zich nooit bewust is geweest van het bestaan van een groepsrelatie. Van een 'vordering waarvoor nog aansprakelijkheid loopt' in de zin van artikel 2:404 lid 5 BW is daarom geen sprake.

17 In die zin ook M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern in het ondernemingsrecht (diss.)*, Deventer: Kluwer 1989, p. 229.

18 Rb. Rotterdam 16 april 2009, JOR 2009/161.

B. Niels

3.3 *Standpunten van partijen*

Met betrekking tot een vordering die voortvloeit uit intercompany rekening-courantverhoudingen met Delro, stelt JLL dat deze crediteuren ervan op de hoogte moeten zijn geweest dat de 403-verklaring per abuis niet eerder is ingetrokken, omdat zij deel uitmaken van de groep waartoe ook de vennootschap behoort die de aandelen in Delro van JLL heeft gekocht. Het zou in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn indien deze groepsmaatschappijen zich op de 403-verklaring zouden kunnen beroepen.

Diverse crediteuren houden JLL aansprakelijk voor vorderingen die zien op de periode vóór de intrekking van de 403-verklaring, maar waarvoor de facturen pas daarna zijn uitgegaan. JLL stelt zich op het standpunt dat deze vorderingen buiten de reikwijdte vallen, omdat deze ten tijde van de intrekking nog niet opeisbaar waren. Daarnaast gaat het om een schoonmaakcontract met Delro op grond waarvan de schoonmaker na beëindiging van het contract het recht heeft nog voor drie maanden nadien een vergoeding te factureren.

Delro is een huurovereenkomst aangegaan voor kantoorruimte die loopt tot 2012. Over het vierde kwartaal van 2008 en het eerste kwartaal van 2009 is de huur niet voldaan en hiervoor is JLL aansprakelijk. Hoewel de curator van Delro op een gegeven moment de huur heeft opgezegd, blijft JLL volgens de verhuurder aansprakelijk voor gedeelde huurinkomsten zolang geen opvolgend huurder is gevonden tegen gelijkwaardige voorwaarden.

Tot slot wordt van Delro een bedrag als gefixeerde contractuele schadevergoeding wegens ontbinding van de leaseovereenkomst voor telefoonapparatuur wegens faillissement gevorderd, waarin volgens de crediteur is voorzien in de toepasselijke algemene voorwaarden. De crediteur stelt zich op het standpunt dat zij al schuldeiser was voordat het besluit tot intrekking van de verklaring en beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid werd genomen, nu de leaseovereenkomsten dateren uit 2006. De schulden vloeien dus voort uit de rechtshandeling van Delro, hetgeen mede schadevergoeding omvat ter zake van ontbinding van de onderliggende leaseovereenkomst. Hiertegenover stelt JLL dat, voor zover de vordering betrekking heeft op termijnen die na de beëindiging van de leaseovereenkomst zouden zijn vervallen, er vanwege die beëindiging over de periode nadien geen vordering meer bestaat. Er is sprake van een vordering tot nakoming van toekomstige leasetermijnen die nog niet bestond ten tijde van de intrekking van de aansprakelijkheid en die daarom buiten de reikwijdte van de 403-verklaring valt.

4 **Ratio, reikwijdte en redelijkheid en billijkheid**

JLL beroept zich met zijn argumenten in feite op onder meer de ratio van artikel 2:403 BW en 2:404 BW, op de temporele reikwijdte en de materiële reikwijdte van de verklaring en op de redelijkheid en billijkheid. Daarom bespreek ik in deze paragraaf deze verschillende aspecten van de 403-problematiek.

4.1 *De ratio van de 403-verklaring*

Bij de totstandkoming van een van de voorlopers van artikel 2:403 BW werd in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat de ratio van de hoofdelijke aansprakelijkheid is 'dat aan hen die met de [vrijgestelde] vennootschap in relatie treden, geen inzicht wordt gegeven in de financiële positie van de vennootschap'.¹⁹ Bij een latere wijziging van de regeling werd daaraan toegevoegd dat de groepsvrijstelling destijds op sterke gronden was opgenomen: 'Niet alleen was er het kostenargument, ook zou de jaarrekening van een te consolideren dochter weinig inzicht kunnen geven en zelfs misleidend kunnen zijn.'²⁰ Deze argumenten worden in de literatuur onderschreven.²¹ De regeling komt bovendien tegemoet aan een behoefte om de afzonderlijke resultaten van de dochter(s) geheim te houden.²² Uit de rechtspraak komt naar voren dat de ratio van de 403-verklaring is dat crediteuren van de dochter worden gecompenseerd voor het gebrek aan inzicht in de financiële gesteldheid van de vrijgestelde dochter.²³ Dit wordt in de literatuur bevestigd,²⁴ maar ook genuanceerd, omdat in concernverband vaker zekerheden worden gevestigd of aansprakelijk wordt gesteld en de moeder hierdoor wellicht minder zekerheid biedt dan gedacht.²⁵

Een dochter kan haar verplichting om via de jaarrekening aan schuldeisers zicht te bieden op haar financiële positie 'afruilen' tegen onder andere aansprakelijkstelling door een derde.²⁶ Zolang deze aansprakelijkstelling er niet is, bestaat er een informatieplicht.²⁷ De schuldeiser krijgt zo de moeder die een 403-verklaring heeft neer-

- 19 Kamerstukken II, 10 689, p. 14 (MvT). Voor de schuldeisers van verbintenissen voortvloeiend uit de wet, zoals onrechtmatige daad, maakt het geen verschil of de vennootschap al dan niet zijn jaarrekening openbaar maakt en dus geldt de aansprakelijkheid niet voor hen, aldus de minister.
- 20 Kamerstukken II, 16 326, nr. 8, p. 20-21 (MvA).
- 21 Bartman en Dorresteyn 2006, p. 198. In die zin ook: L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels en J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen* (diss.), Deventer: Kluwer 1993, p. 820 en Van Achterberg 1989, p. 218-219. Beckman nuanceert de lastenverlichting, omdat de volledige informatie toch al aanwezig moet zijn om de geconsolideerde jaarrekening op te stellen. Beckman 1995, p. 662-666.
- 22 L. Timmerman, *Onderneming en recht op geheimhouding*, in: J.H. Christiaanse e.a. (red.), *Tot vermaak van Slagter, Feestbundel aangeboden aan Prof. mr. W.J. Slagter ter gelegenheid van zijn 65e verjaardag*, Deventer: Kluwer 1988, p. 312. In die zin ook: Bartman en Dorresteyn 2006, p. 198. Anders: Beckman 1995, p. 680-689.
- 23 OK 31 juli 2001, JOR 2001/170 (ING/Akzo) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 4.9. Rb. Arnhem 10 oktober 2002, JOR 2003/31 (Resila/Spectro) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.3 en Rb. Haarlem 16 november 2005, r.o. 5.7. Rb. Arnhem 1 februari 2001, JOR 2001/88 (ING/Akzo) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 5. A-G Wesseling-van Gent 2002, ond. 2.19.
- 24 Van Achterberg 1989, p. 221. Houwen c.s. 1993, p. 825; Wibier, 403-perikelen vanuit een goederenrechtelijk perspectief, *Ondernemingsrecht* 2008-5, p. 181 en Beckman 1995, p. 447 en 651; De Neve 2002, p. 235. De gebruikte terminologie is soms verschillend. Zo spreekt Beckman van 'contractuele' en De Neve van 'potentiële' crediteuren.
- 25 Van Achterberg 1989, p. 223. Winter wijst erop dat de rechtspersoon die zich aansprakelijk stelt veelal een tussenholding zal zijn die nauwelijks verhaal zal bieden. J.A. Winter, *Concernfinanciering* (diss.), Deventer: Kluwer 1992, p. 26.
- 26 Bartman en Dorresteyn 2006, p. 198.
- 27 Jansz, *Enige vragen rond de verklaring van aansprakelijkstelling*, TVVS 1973/2, p. 36.

B. Niels

gelegd er als tweede debiteur bij.²⁸ Daarnaast werd er door de wetgever op gewezen dat de aansprakelijkstelling dient ter bescherming van de crediteuren.²⁹ Tezamen met de gepubliceerde jaarstukken van de moeder moet de hoofdelijke aansprakelijkheid de functies overnemen die de enkelvoudige jaarrekening normaliter vervult³⁰ en zo voldoende compenserende waarborgen bieden.³¹

4.2 *De temporele reikwijdte*

In de rechtspraak is regelmatig de vraag aan de orde geweest over welke periode de moeder aansprakelijk is. In deze paragraaf onderzoek ik de zogeheten temporele reikwijdte van de 403-verklaring.

De crediteur van een vordering die dateert van vóór de aansprakelijkstelling heeft genoeg genomen met de kredietwaardigheid van de vennootschap en er bestaat volgens de wetgever geen reden hem ongevraagd extra zekerheid toe te kennen.³² Daarom betrof de bepaling aanvankelijk enkel de ‘verbintenissen die de NV zal aangaan’. De uiteindelijke tekst werd echter gewijzigd in ‘door de onderneming aange-gane schulden’. Het lijkt echter niet juist te concluderen dat nu ook verbintenissen die zijn aangegaan voor de verklaring binnen de reikwijdte vallen,³³ omdat geen inhoudelijke wijziging werd beoogd: de medeaansprakelijkheid ziet uitsluitend op toekomstige schulden.³⁴ Hoewel een grammaticale interpretatie van de tekst in het opvolgende artikel 2:343 BW – ‘uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden’ – de aansprakelijkheid voor bestaande schuldeisers niet uitsluit, moet dit niet worden opgevat als uitbreiding van de reikwijdte, aldus de wetgever.³⁵

Bij de interpretatie van de regeling kan men niet voorbijgaan aan de wetsgeschiedenis.³⁶ De wetgever heeft zich bovendien geen moment gedistantieerd van de beperkte uitleg van de temporele reikwijdte³⁷ en de uitlatingen van de wetgever dateren van vóór de implementatiedatum van de richtlijn. Zou een dergelijke uitlating zijn gedaan bij of na aanpassing van de wet aan de richtlijn, dan zou deze evident in strijd zijn met de richtlijn. Omdat de regeling in de richtlijn is gebaseerd op de Nederlandse regeling, is het goed voor te stellen dat de wetgever geen noodzaak zag de regeling aan de richtlijn aan te passen of hierover een opmerking te maken.

28 G. van Solinge, *Vragen uit de rechtspraktijk* (6) *Schulden en de 403-verklaring*, *Ondernemingsrecht* 2004-7, p. 277. G. van Solinge, *Over belastingschulden en de 403-verklaring*, in: G.T.K. Meussen (red.), *Gedreven, eigenzinnig, creatief en honkvast, liber amicorum voor H.M.N. Schonis*, Deventer: Kluwer 2006, p. 250.

29 Kamerstukken II, 10 689, NnavEV, nr. 12, p.

30 Houwen c.s. 1993, p. 825.

31 Asser-Maeijer 2-III, nr. 439.

32 Kamerstukken II, 10 689, nr. 7, p. 7. Van Achterberg 1989, p. 216.

33 W.C.L. van der Grinten/E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 560.

34 *Handelingen II 1970/71*, p. 2979 en 2998.

35 Kamerstukken II, 11 005, nr. 64, p. 2.

36 In die zin ook: Winter, *Reactie op Gülcher*, *TVVS* 1989, p. 288, ond. 2.

37 Bartman en Dorresteyn 2006, p. 202.

Over het algemeen is men van mening dat schuldeisers uit de periode van voor de aanvang van het eerste boekjaar waarover het groepsregime wordt toegepast niet 'gedekt' hoeven te zijn, omdat met een beperkte terugwerkende kracht voldoende recht wordt gedaan aan de compensatiegedachte.³⁸

Dit verschil in behandeling tussen een 'oude' en een 'nieuwe' crediteur lijkt mij echter niet juist. De informatie waarover crediteuren over het algemeen dienen te beschikken, heeft geen incidenteel karakter, maar zal steeds moeten worden aangevuld om hen in staat te stellen te oordelen of wellicht bepaalde maatregelen moeten worden getroffen om de vorderingen veilig te stellen.³⁹ De gegevens waarop de 'oude' crediteur zich baseerde, de gepubliceerde jaarrekening, staan nog steeds ter beschikking van iedere crediteur. Beiden hebben vervolgens geen inzicht gedurende de looptijd van de relatie en beiden worden daarvoor gecompenseerd doordat zij er een extra debiteur bij krijgen. Dat 'oude' crediteuren een onverwacht voordeel in de schoot zou worden geworpen wanneer zij een extra zekerheid verkrijgen,⁴⁰ onderschrijf ik dan ook niet; dit 'voordeel' compenseert immers het nadeel vanwege het gebrek aan inzicht. Ik zie niet in waarom inzicht ten tijde van het aangaan van de relatie relevanter is dan inzicht gedurende de looptijd van de relatie.

Aanvankelijk werd terugwerkende kracht ook in de rechtspraak afgewezen, omdat crediteuren van vóór de groepsvrijstelling in dezelfde financiële positie verkeerden als wanneer de debiteur een zelfstandige vennootschap was geweest die geen deel uitmaakte van een concern. De aansprakelijkstelling is een uitzondering op de normale aansprakelijkheidsregels en moet dus niet ruimer worden opgevat dan noodzakelijk.⁴¹ In *Ekelmans c.s./Tevema* legt de rechter de regeling wel uit in overeenstemming met de richtlijn:⁴² 'Het woord "aangegane" duidt erop dat de garantverklaring ook betrekking heeft op rechtshandelingen die vóór bedoelde verklaring tot stand gekomen zijn.' De ratio hiervan is gelegen in het feit dat rekening gehouden dient te worden met de belangen van een partij die, voor afgifte van een aansprakelijkheidsverklaring, een duurovereenkomst is aangegaan.⁴³

In *Hemony/Van der Woude* is een verklaring gedeponneerd in 1996 die ingaat per 1992. In 1993 wordt een ontslagvergoeding toegekend aan werknemers van wie de arbeidsovereenkomsten dateren van ver voor 1992. Volgens het hof is de moeder aansprakelijk, omdat de rechtshandeling waaruit de schuld voortvloeit, de aanvraag van het ontslag, is verricht na de ingangsdatum van de aansprakelijkheidsverkla-

38 Bartman en Dorresteyn 2006, p. 203 en de aldaar aangehaalde literatuur.

39 Goudsmit, *Het ontstaan van hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 38a WJO*, TVVS 1973, p. 333. Ook: Bartman en Dorresteyn 2006, p. 202. Anders: Jansz 1973, p. 36.

40 Tuit, *De inrichting, controle en publikatie van de jaarrekening van de geconsolideerde en gegarandeerde concernvennootschappen volgens artikel 403 Boek 2 BW*, TVVS 1985/8, p. 194-195. In die zin ook: G.J. Gülcher, *Reikwijdte van de aansprakelijkverklaring in het kader van de groepsvrijstellingsregeling*, TVVS 1989/71989, p. 165.

41 Rb. Rotterdam 14 januari 1987, NJ 1988/1050 (Philips/Van Eijk).

42 In die zin ook: Rb. Arnhem 10 oktober 2002, JOR 2003/31 (Resila/Spectro) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.7: 'Blijkens de verschillende opvattingen over de uitleg vormt artikel 57 geen acte clair.

43 Rb'. Amsterdam 20 december 2000, JOR 2001/53 (Ekelmans c.s./Tevema), r.o. 3.8.

B. Niels

ring.⁴⁴ In Resila/Spectro meent de rechtbank dat ook bestaande schuldeisers uit duurovereenkomsten door de consolidatie van de jaarrekening worden beperkt in hun inzicht. De aansprakelijkheidsverklaring behoort daarom ook de reeds bestaande schulden te omvatten.⁴⁵

Op grond van het vorenstaande meen ik dat schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van vóór de deponering onder de reikwijdte van de 403-verklaring vallen. Schulden die reeds opvorderbaar waren voor deponering vallen echter buiten de reikwijdte, ook indien het feit dat de schuld nog niet geïnd is niet aan de schuldeiser te wijten is, bijvoorbeeld wanneer de debiteur de vordering betwist.⁴⁶ In hoeverre de inmiddels opgeëiste vordering zal worden betaald is dan immers niet afhankelijk van factoren die samenhangen met het inzicht in de jaarrekening van de debiteur.

4.3 Materiële reikwijdte

Hoewel in de richtlijn de term ‘verplichtingen’ wordt gebruikt, spreekt de Nederlandse wet van ‘schulden’, waaronder overigens niet uitsluitend geldschulden vallen.⁴⁷ Volgens de wetgever maakt het voor schuldeisers van verbintenissen die volgen uit de wet geen verschil of de jaarrekening al dan niet openbaar is gemaakt, zodat die buiten de reikwijdte vallen.⁴⁸ Houwen c.s. concluderen dat het ontstaan en de inhoud van de verbintenis mede afhankelijk moeten zijn van de wil van de crediteur, waarbij diens wilsvorming moet kunnen zijn beïnvloed door informatie uit de gepubliceerde jaarcijfers.⁴⁹ Vorderingen tot schadevergoeding wegens vernietiging of ontbinding van overeenkomsten vallen wel onder uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden,⁵⁰ terwijl de verbintenissen uit hoofde van onrechtmatige daad, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking erbuiten vallen.⁵¹ Dit stemt overeen met de term ‘aangegane verplichtingen’ uit de richtlijn, die mijns inziens eveneens uit de wet voortvloeiende verbintenissen uitsluit.

In de rechtspraak is bepaald dat het ontslag de rechtshandeling is waaruit een ontslagvergoeding voortvloeit en waarvoor de moeder dus aansprakelijk is.⁵² Hieraan doet niet af dat het de kantonrechter is die de arbeidsovereenkomst ontbindt en de

44 Hof Amsterdam 26 juli 2001, JOR 2004/94 (Hemony/Van der Woude), r.o. 4.8-4.9. Bartman stipt in zijn annotatie terecht aan dat de rechtshandeling waaruit de schuld voortvloeit de arbeidsovereenkomst is die is gelegen voor de ingangsdatum van de 403-verklaring en zodoende valt de ontslagvergoeding eigenlijk buiten de reikwijdte van de aansprakelijkheidsverklaring.

45 Rb. Arnhem 10 oktober 2002, JOR 2003/31 (Resila/Spectro) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.8-3.9.

46 Zie hierover: Gülcher 1989, p. 165.

47 Beckman 1995, p. 293 en Van Solinge 2006, p. 251.

48 Kamerstukken II, 10 689, nr. II, p. 4-5.

49 Houwen c.s. 1993, p. 847-848.

50 Kamerstukken II, 11 005, nr. 64, p. 2.

51 Respectievelijk: art. 6:162 BW, 6:198 BW, 6:203 BW en 6:212 BW.

52 Rb. Amsterdam 20 december 2000, JOR 2001/53 (Ekelmans c.s./Tevema), r.o. 3.7.

vergoeding bepaalt.⁵³ Omdat er een onaanvaardbaar onderscheid zou ontstaan tussen werknemers die ontslagen worden en die zelf ontslag indienen, meen ik dat de relevante rechtshandeling het aangaan van de arbeidsovereenkomst is en dat daaruit de schuld vanwege de ontslagvergoeding voortvloeit.⁵⁴ Voorts is bepaald dat de preferentie die verbonden is aan een vordering ex artikel 3:288 BW doorwerkt in het faillissement van de moeder via de 403-verklaring. Het is immers nog steeds de oorspronkelijke rechtshandeling die leidt tot de wettelijke preferentie. Aan de bescherming die de 403-verklaring ook werknemers biedt, zou te zeer afbreuk worden gedaan indien de aanspraak ten opzichte van de moeder slechts concurrent zou zijn.⁵⁵

In de recente Inalfa-zaak wordt door werknemers van wie de arbeidsovereenkomst dateert van voor de 403-verklaring een sociaal plan afgesproken met hun werkgever. De moeder stelt dat de verplichtingen uit het sociaal plan voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten met de werknemers. Omdat die arbeidsovereenkomsten dateren van vóór de 403-verklaring vallen de verplichtingen uit het sociaal plan buiten de reikwijdte. Hof Den Bosch meent dat deze verplichtingen op grond van het sociaal plan niet zijn aan te merken als op het moment van deponeren reeds aangegane verplichtingen, omdat pas door aanvaarding daarvan door de werknemers de verplichtingen van de werkgeefster jegens de werknemer ontstaan. Daarnaast moeten ook de onderhandelende vakverenigingen ervan uit kunnen gaan dat Inalfa via de 403-verklaring aansprakelijk is.⁵⁶ Het hof bevestigt in dit arrest de ruime uitleg van de reikwijdte van de 403-verklaring.

Intercompany-schulden vallen binnen de materiële reikwijdte van de regeling, ook al heeft een groepsvennootschap wel inzicht in de financiële situatie van de aan haar gelieerde crediteur. De interne werking van de 403-verklaring is een noodzakelijke voorwaarde om de beoogde dekking te bieden aan externe crediteuren van een vennootschap die een vordering heeft op een groepsmaatschappij, aldus Rechtbank Almelo.⁵⁷ In hoger beroep oordeelt de Ondernemingskamer dat noch de tekst van de bewuste 403-verklaring, noch tekst of strekking van artikel 2:403 BW de intercompany-schulden van de werking van de 403-verklaring uitzonderen.⁵⁸ Er is eigenlijk geen reden waarom gelieerde crediteuren niet een beroep op de aansprakelijkheid zouden kunnen doen.⁵⁹ Dat een verminderd inzicht ontbreekt, gaat bovendien lang niet in alle gevallen op.⁶⁰ Zo kan het externe minderheidsaandeelhouders in

53 Hof Amsterdam 26 juli 2001, JOR 2004/94, r.o. 4.8. Voor de werknemers die zelf het ontslag hebben aangevraagd, wordt de redenering gevolgd dat het slecht werkgeverschap de gedraging is die tot de schuld leidde, zie: Rb. Amsterdam 20 december 2000, JOR 2001/53 (Ekelmans c.s./Tevema), r.o. 3.8.

54 In die zin Bartman, zie noot 44. R.M. Beltzer is het hier niet mee eens, online document, rubriek: Aansprakelijkheid binnen groepsstructuren, ond. 3.3.

55 Rb. Haarlem 16 november 2005, JOR 2006/27 (Van der Aa/Curatoren KPNQwest), r.o. 5.9.

56 Hof Den Bosch 7 april 2009, JOR 2009/160, onderdeel 4.3.3.

57 Rb. Almelo 24 juni 2008, JOR 2008/227 (Hoeveholding), r.o. 6.

58 OK 12 januari 2010, n.n.g., r.o. 3.5.

59 Annotatie S.M. Bartman bij Rb. Almelo 24 juni 2008, JOR 2008/227 (Hoeveholding), ond. 2.

60 In die zin: OK 12 januari 2010, n.n.g., r.o. 3.5.

B. Niels

een vennootschap die een vordering heeft op een groepsmaatschappij die de groepsvrijstelling geniet, ontbreken aan voldoende inzicht

4.4 *Consequenties beperkte reikwijdte*

De consequentie van een te beperkte hoofdelijke aansprakelijkstelling is dat niet is voldaan aan een van de voorwaarden voor de groepsvrijstelling, waardoor in strijd met de verplichting om een jaarrekening te publiceren op grond van artikel 2:394 BW is gehandeld. Wanneer de dochter failliet wordt verklaard en er is ten onrechte geen jaarrekening gepubliceerd, heeft de bestuurder van een vennootschap zijn taak onbehoorlijk vervuld, aldus artikel 2:248 lid 2 BW. Deze onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn, waardoor de bestuurder in beginsel aansprakelijk is. Bartman en Dorresteyn menen dat de bestuurders die aansprakelijk worden gesteld omdat de verklaring te beperkt was in de tijd zich kunnen disculperen indien de 403-verklaring ten minste dekking bood aan schuldeisers met vorderingen ontstaan vanaf de aanvang van het groepsregime.⁶¹ Mijns inziens blijkt uit de thans geldende opvattingen duidelijk dat terugwerkende kracht moet worden toegedicht aan de 403-verklaring en het lijkt mij niet juist dat aan 'oude' schuldeisers een beperktere verhaalbaarheid op de bestuurders kan worden toegekend.

4.5 *Redelijkheid en billijkheid*

In de rechtspraak is geoordeeld dat de redelijkheid en billijkheid een rol kunnen spelen bij een beroep op de intrekking of beëindiging.⁶² Er kunnen zich omstandigheden voordoen die in het individuele geval tot gevolg hebben dat een beroep op de 403-verklaring in strijd met de redelijkheid en billijkheid is, waartoe de wetenschap dat de dochter niet meer tot de groep behoorde gerekend kan worden.⁶³ Recentelijk oordeelde de Ondernemingskamer in de zaak Hoeveholding echter nog, dat er omwille van de rechtszekerheid en een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden en risico's meer gewicht moet worden toegekend aan de niet ingetrokken 403-verklaring dan aan de omstandigheid dat de crediteur wist of behoorde te weten dat er geen reden was de aansprakelijkheid te handhaven.⁶⁴ Mijns inziens is er voor de redelijkheid en billijkheid slechts een beperkte rol weggelegd.⁶⁵ Ik meen dat, omwille van de rechtszekerheid, de inhoud van de verklaring en de formele vereisten omtrent de intrekking en beëindiging leidend moeten zijn.

61 Bartman en Dorresteyn 2006, p. 204, onder verwijzing naar M. Olffen, Een 403-verklaring is nog geen 403-verklaring omdat dat erop staat, WPNR 6460, p. 833-834, onderdeel 5 e.v.

62 Bijvoorbeeld in Rb. Rotterdam 15 april 1999, JOR 1999/119 (Lely/Netagco), r.o. 6.4; Rb. Almelo 24 juni 2008, JOR 2008/227 (Hoeveholding); en OK 29 juli 1993, NJ 1994/132 (Teeuwesen Holding), r.o. 6.2.

63 Rb. Utrecht 31 juli 1996, JOR 1996/96 (Manning q.q./Haverkort), r.o. 6.4.

64 OK 12 januari 2010, n.n.g., r.o. 3.9.

65 In die zin ook Willems, die meent dat hiervoor helemaal geen rol is weggelegd. Willems 1996, p. 16.

5 De beoordeling door de Rechtbank Rotterdam

5.1 *Het algemene verweer*

Volgens de rechtbank brengt de enkele omstandigheid dat één of meer verzoekers wisten, konden of behoorden te weten dat JLL sinds maart 2004 geen groepsband meer had met Delro en dat zij daaruit hadden behoren af te leiden dat JLL niet beoogde de 403-verklaring werking te laten hebben voor schulden van een verkochte vennootschap, niet reeds met zich dat geoordeeld zou kunnen worden dat jegens JLL de 403-verklaring niet meer ingeroepen zou kunnen worden. De beëindiging van de groepsband is immers slechts een van de in de wet geformuleerde voorwaarden voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.⁶⁶ Deze benadering is mijns inziens juist, want artikel 2:404 BW biedt geen ruimte voor een afwijkende uitleg. Bovendien zou dit niet in het belang van de rechtszekerheid zijn, die, gezien het feit dat de 403-verklaring een eenzijdige verklaring is, van groot belang is. Het kan niet van crediteuren worden verlangd dat zij de wil van degene die zich aansprakelijk stelt, onderzoekt.

5.2 *De redelijkheid en billijkheid*

Volgens de rechtbank is de omstandigheid dat de crediteuren deel uitmaken van de groep die Delro van JLL heeft overgenomen, op zichzelf onvoldoende grond om te concluderen dat hun vorderingen geen vorderingen kunnen zijn waarvoor een overblijvende aansprakelijkheid geldt. Deze crediteuren hebben voorts gemotiveerd uiteengezet dat zij als vennootschappen die deel uitmaakten van de groep waartoe ook de koper van de aandelen in Delro behoort, geen grond hadden om aan te nemen dat de 403-verklaring slechts per abuis niet was ingetrokken.⁶⁷

Men kan betwijfelen of dit betoog van de crediteuren, die tevens groepsmaatschappijen zijn, terecht wordt aanvaard. In zijn annotatie⁶⁸ wijst Van der Zanden op artikel 25 lid 1 Handelsregisterwet 2007 dat bepaalt dat op feiten die door inschrijving of deponering moeten worden bekendgemaakt, geen beroep kan worden gedaan tegenover derden die daarvan onkundig waren, zolang de inschrijving of deponering niet heeft plaatsgevonden. Hij meent dat de groepsmaatschappijen niet kunnen stellen dat zij onkundig waren van het feit dat Delro uit de groep van JLL was getreden. Met andere woorden, zo begrijp ik Van der Zanden, de groepsmaatschappijen zijn niet onkundig en tegen hen kan dus wel een beroep worden gedaan op de beëindiging, ook al heeft deponering van die beëindigingsverklaring nog niet plaatsgevonden. Echter, artikel 25 Handelsregisterwet 2007 is niet geschreven voor de beëindiging van de aansprakelijkheid, die immers in artikel 2:404 BW een eigen regeling kent. De deponering bij de KvK is namelijk slechts een van de vereisten. Staal stelt in dit verband dat de groepsmaatschappijen profiteren van een adminis-

66 Rb. Rotterdam 16 april 2009, r.o. 5.1.8.-5.1.9.

67 Rb. Rotterdam 16 april 2009, r.o. 5.3.2-5.3.3.

68 Annotatie P.M. van der Zanden bij Rb. Rotterdam 16 april 2009, JOR 2009/161, onderdeel 5.

B. Niels

tratief slippertje van JLL, terwijl de voorwaarden van artikel 2:404 BW hier duidelijk niet voor bedoeld zijn.⁶⁹

De wetenschap dat de groepsband is verbroken kan een omstandigheid zijn waarin het in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn om een beroep te doen op de 403-verklaring van de vorige moeder.⁷⁰ Met Van der Zanden ben ik bovendien van mening dat groepsmaatschappijen in beginsel niet moeten worden geacht onkundig te zijn van de verbreking van de groepsband. Zodoende denk ik dat een beroep op de redelijkheid en billijkheid kans van slagen zou moeten hebben wanneer het gaat om een vordering van een groepsmaatschappij van de 403-dochter van na de verbreking van de groepsband.

5.3 *De overige standpunten van partijen*

Geheel in lijn met de gangbare opvatting in literatuur en rechtspraak, zoals uiteengezet in paragraaf 4.2, brengt volgens de rechtbank de omstandigheid dat de facturen dateren van na de intrekking van de 403-verklaring, op zichzelf niet reeds met zich dat de daarbij in rekening gebrachte schuld niet voortvloeit uit een rechtshandeling die is verricht vóór de intrekking van de 403-verklaring en komt aan het moment van opeisbaarheid van die factuur in dit verband geen zelfstandige betekenis toe.⁷¹ De rechtbank oordeelt voorts dat ook de vorderingen ter zake van de beëindiging van het schoonmaakcontract voortvloeien uit een rechtshandeling van vóór de intrekking van de 403-verklaring. De rechtbank merkt op dat met betrekking tot deze vorderingen het niet relevant is wanneer deze opeisbaar zijn geworden.⁷² Terecht maakt de rechtbank geen onderscheid tussen een vordering die opeisbaar en nog niet opeisbaar is. De rechtshandeling waaruit de schuld voortvloeit, is immers reeds verricht en de wet maakt hierbij geen onderscheid in opeisbaarheid, hetgeen overigens ook in strijd met de ratio van de regeling zou zijn. Wat mij betreft, is de opeisbaarheid slechts relevant bij het beoordelen of een vordering van vóór de deponering onder de reikwijdte valt.

De vordering tot betaling van huurtermijnen die zijn vervallen tot de datum waartegen de curator de huurovereenkomst heeft opgezegd, vloeit voort uit de huurovereenkomst die is aangegaan gedurende de looptijd van de 403-verklaring en valt, ook voor zover opeisbaar geworden na intrekking, onder de overblijvende aansprakelijkheid. Vanaf het moment waartegen de huurovereenkomst is opgezegd, ontstaan bij beëindiging van de huurovereenkomst geen nieuwe vorderingen meer die verband houden met de beëindiging daarvan, omdat de huurovereenkomst rechtsgeldig en regelmatig is opgezegd. Wat betreft de huurderiving na opzegging is er daarom geen sprake van een overblijvende aansprakelijkheid van JLL, aldus de

69 V.L. Staal, *Formele benadering beëindiging overblijvende aansprakelijkheid uit 403-verklaring*, V&O 2009, nr. 10, p. 211.

70 Dit standpunt lijkt niet te worden gedeeld door de Ondernemingskamer in de zaak *Hoeveholding*. OK 12 januari 2010, n.n.g., r.o. 3.9.

71 Rb. Rotterdam 16 april 2009, 5.5.1.-5.5.2.

72 Rb. Rotterdam 16 april 2009, 5.7.2.

rechtbank.⁷³ Ik meen echter dat ook de huurderving door de verhuurder onder de reikwijdte valt. De vergoeding voor beëindiging van de huurovereenkomst is mijns inziens vergelijkbaar met de ontslagvergoeding die voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst, of daarover nu een bepaling is opgenomen in de overeenkomst of in de algemene voorwaarden of niet.

Schulden uit het leasecontract met bijbehorende algemene voorwaarden zijn schulden die voortvloeien uit een rechtshandeling van Delro die is verricht in de looptijd van de 403-verklaring en zijn als zodanig aan te merken als overblijvende schulden na intrekking van die verklaring. Ook de aanspraak op betaling van de resterende leasetermijnen bij voortijdige beëindiging van de leaseovereenkomst in geval van faillissement moet naar het oordeel van de rechtbank worden aangemerkt als een overblijvende schuld in de zin van artikel 2:404 lid 3 BW.⁷⁴ Mijns inziens oordeelt de rechtbank terecht dat de reikwijdte zich uitstrekt tot de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de relevante overeenkomst.

6 Afsluitende opmerkingen

De uitspraak van rechtbank Rotterdam is in lijn met hetgeen ik in paragraaf 4 heb geschetst en bevestigt zodoende de gangbare opvattingen in literatuur en rechtspraak. Vastgesteld kan worden dat de 403-aansprakelijkheid zowel in temporele als in materiële zin een ruime reikwijdte kent.

In beginsel ben ik met de rechtbank van mening dat vastgehouden moet worden aan de formele vereisten voor het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid. Een beperking van de aansprakelijkheid omdat bijvoorbeeld de crediteur op de hoogte had moeten zijn van de verbreking van de groepsband of omdat er een onderzoeksplicht rust op de crediteur, is mijns inziens te zeer in strijd met het karakter van de 403-verklaring. Er zijn echter omstandigheden denkbaar waaronder een beroep door een bepaalde crediteur in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid. Anders dan de rechtbank ben ik van mening dat van dergelijke omstandigheden sprake is ten aanzien van de vordering van de crediteur die onderdeel uitmaakt van het concern dat de 403-dochter heeft overgenomen. In een dergelijke situatie zijn er mijns inziens goede gronden om op grond van de redelijkheid en billijkheid de vordering van deze crediteur niet onder de 403-aansprakelijkheid te laten vallen.

Het lijkt erop dat Jones Lang LaSalle in deze zaak simpelweg vergeten is de verklaring in te trekken, hetgeen tot verstrekende nadelige gevolgen heeft geleid. De vraag rijst in hoeverre deze gevolgen kunnen worden voorkomen door in de te deponeren 403-verklaring te anticiperen op een latere intrekking en beëindiging van de aansprakelijkheid.

73 Rb. Rotterdam 16 april 2009, 5.6.1.-5.6.3.

74 Rb. Rotterdam 16 april 2009, 5.10.1.-5.10.4.

B. Niels

In de literatuur is in dit verband geopperd dat het mogelijk moet zijn om een einddatum in de 403-verklaring op te nemen, waarbij is vermeld dat de (einddatum van de) 403-verklaring tevens een intrekking als bedoeld in artikel 2:404 lid 1 BW inhoudt, zodat per de einddatum de verklaring tevens gaat fungeren als een intrekkingverklaring. De intrekkingregeling schrijft de deponering van een daartoe strekkende verklaring voor die wordt gepubliceerd door de KvK. Omdat van de KvK niet verwacht mag worden dat wordt bijgehouden van welke vennootschappen de 403-verklaring ‘verloopt’, om vervolgens zelfstandig tot publicatie daarvan over te gaan, zal de vennootschap dus de KvK hiervan op de hoogte moeten brengen.⁷⁵ Hoewel de 403-verklaring per einddatum fungeert als intrekkingverklaring, heeft deze door de werking artikel 25 jo. 24 Handelsregisterwet 2007 pas externe werking op het moment dat het is bekendgemaakt door de KvK. In die zin voegt het opnemen van een einddatum dus weinig toe.

Ik zie geen mogelijkheid in de 403-verklaring op te nemen dat de aansprakelijkheid wordt beëindigd wanneer de 403-dochter de groep verlaat, omdat deze immers pas eindigt als alle voorwaarden zijn vervuld. De bescherming van de crediteuren zou te zeer worden aangetast als het belang van deze voorwaarden wordt beperkt.⁷⁶ Een aansprakelijkheidsverklaring die bepaalt dat de overblijvende aansprakelijkheid eindigt op een wijze die niet conform de wettelijke regeling is, zal dus van meet af aan in strijd met de wet zijn en dus nooit geldig zijn. De 403-verklaring mag overigens best bepalen dat bij verbreking van de groepsband de verklaring heeft te gelden als een intrekkingverklaring, maar ook hier geldt dat het pas derdenwerking heeft op het moment dat de KvK die intrekking heeft gepubliceerd, die hiertoe eerst zal moeten worden geïnformeerd. Ook hier ontbreekt dus een daadwerkelijk nut van een dergelijke bepaling.

Gezien de beperkte mogelijkheden om in de 403-verklaring te anticiperen op de intrekking van de verklaring en de beëindiging van de aansprakelijkheid en gelet op de terughoudendheid van de rechter om een beroep op de redelijkheid en billijkheid door de moeder als hoofdelijke debiteur te honoreren, is het van groot belang voor de moeder om alert te blijven op haar aansprakelijkheid op grond van de 403-verklaring. Door ook na deponering aandacht te blijven schenken aan de 403-aansprakelijkheid kunnen verstrekkende consequenties zoals in de Jones Lang LaSalle-zaak worden voorkomen.

75 Beckman meent inderdaad dat slechts afzonderlijk mededeling hoeft te worden gedaan van de intrekking. Beckman 1995, p. 541-543. Anders: Bartman en Dorresteyn 2006, p. 204-205.

76 In die zin ook: Ramanna 2008, p. 19.