

## Naschrift

*M.R.C. van Zoest*

De redactie van Onderneming en Financiering stelde mij in de gelegenheid om een naschrift te schrijven bij de reactie van Schepel op mijn artikel in de vorige editie van dit tijdschrift.<sup>1</sup> Schepel schaart zich in zijn reactie aan de zijde van Beckman,<sup>2</sup> die zich op het standpunt stelt dat de in art. 2:404 lid 3 BW opgenomen volgorde voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid dwingend is. Begrijp ik het goed, dan voert Schepel daarvoor in zijn reactie twee argumenten aan, die ik hierna nader zal bespreken.<sup>3</sup>

Als eerste argument voor een dwingende volgorde noemt Schepel dat zolang de voormalig vrijgestelde rechtspersoon nog tot de groep behoort van de hoofdelijk aansprakelijke vennootschap of rechtspersoon, de overblijvende aansprakelijkheid niet kan worden beëindigd.<sup>4</sup> Schepel verbindt daaraan vervolgens (kennelijk) de conclusie dat een schuldeiser die in verzet komt voordat de groepsband is verbroken, geen belang heeft bij zijn verzet en het verzet daarom ongegrond zou moeten worden verklaard, althans dat de in verzet gekomen schuldeiser niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard. Daarmee draait Schepel oorzaak en gevolg om. Het argument van Schepel gaat namelijk uit van de veronderstelling dat de volgorde voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid dwingend is. Vanuit die veronderstelling ben ik het met Schepel eens dat publicatie in een landelijk verspreid dagblad van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid – welke publicatie normaliter de verzettermijn doet aanvangen – vóór verbreking van de groepsband niet kan leiden tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. In dat geval ben ik het dan ook met Schepel eens dat de in verzet komende schuldeiser niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard wegens gebrek aan belang. Echter, dat bij een verkeerde volgorde belang bij verzet ontbreekt *als* de volgorde dwingend is, is op zichzelf nog geen argument voor een dwingende volgorde.

- 1 M.R.C. van Zoest, (Beëindiging van) 403-aansprakelijkheid. De stand van zaken anno 2016, O&F (24) 2016, afl. 1, p. 55-71.
- 2 H. Beckman, in: Sdu Commentaar Ondernemingsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, art. 2:404 BW, C.2, alsmede in de door Schepel aangehaalde literatuur.
- 3 Naast argumenten voor een dwingende volgorde van art. 2:404 lid 3 BW doet Schepel in zijn reactie een voorstel om art. 2:404 BW aan te passen langs de lijnen van art. 2:100 BW. Ik zal mij in dit naschrift beperken tot een bespreking van de twee argumenten die Schepel aanvoert voor zijn stellingname dat de volgorde van art. 2:404 lid 3 BW dwingend is.
- 4 Zuiverder zou ik het vinden om te stellen dat zolang aan de genoemde voorwaarden niet is voldaan, de overblijvende aansprakelijkheid niet kan eindigen, in plaats van te stellen dat die zolang niet 'kan worden beëindigd'. 'Worden beëindigd' impliceert namelijk een handeling, terwijl het eindigen van de aansprakelijkheid van rechtswege geschiedt als aan alle voorwaarden is voldaan. Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/586.

M.R.C. van Zoest

In het door mij voorgestane geval dat de volgorde niet dwingend is, kan weliswaar de overblijvende aansprakelijkheid niet eindigen zolang de groepsband nog niet is verbroken (de vier cumulatieve voorwaarden van art. 2:404 lid 3 BW zijn dan immers nog niet vervuld), maar heeft een schuldeiser reeds na vervulling van voorwaarden b en c van art. 2:404 lid 3 BW wel degelijk belang bij verzet, omdat op termijn – als op enig moment de groepsband wordt verbroken – de overblijvende aansprakelijkheid zonder zijn verzet wel degelijk zal kunnen eindigen en hij geen verhaalsmogelijkheid op de hoofdelijk aansprakelijke rechtspersoon meer zal hebben. Het eerste argument van Schepel overtuigt mij niet.

Als tweede argument noemt Schepel dat de rechter in een verzetprocedure moet kunnen bepalen of de vermogenstoestand van de (voormalig vrijgestelde) rechtspersoon na verbreking van de groepsband voldoende waarborgen biedt voor de voldoening van de vorderingen van de in verzet gekomen schuldeiser. Als in de verzetprocedure niet duidelijk is wanneer de groepsband wordt verbroken (wat het geval kan zijn als de volgorde van art. 2:404 lid 3 BW niet dwingend is), dan kan de rechter dat niet bepalen, aldus Schepel.

Ik ben het met Schepel eens dat het toetsingsmoment ligt op het moment van verbreking van de groepsband. Art. 2:404 lid 4 BW laat mijns inziens geen andere uitleg toe. Anders dan Schepel stelt, ben ik dus niet van mening dat het moment van verbreking van de groepsband irrelevant is in dit verband. Echter, de omstandigheid dat de rechter bij een niet-dwingende volgorde in een verzetprocedure niet altijd de vermogenstoestand van de dochter zal kunnen inschatten, is mijns inziens niet een principieel beletsel voor een niet-dwingende volgorde.

De rechter toetst in een verzetprocedure niet alleen de vermogenstoestand van de dochter, maar ook of de in verzet gekomen schuldeiser ‘uit anderen hoofde’ voldoende waarborgen heeft voor de voldoening van zijn vorderingen. Ik zie in de praktijk meer dan eens schuldeisers die bescherming genieten van zowel een 403-verklaring als een concerngarantie. Als die concerngarantie de volledige vordering van de in verzet gekomen schuldeiser ‘dekt’, kan de rechter wel degelijk toetsen of de in verzet gekomen schuldeiser voldoende waarborgen heeft voor de voldoening van zijn vorderingen.

Ook is de situatie voorstelbaar dat niet de volgorde van art. 2:404 lid 3 BW is aangehouden (door eerst de voorwaarden sub b en c te vervullen), maar de groepsband vlak voor of gedurende de verzetprocedure wordt verbroken. In dat geval kan de rechter op dezelfde manier toetsen als wanneer de volgorde van art. 2:404 lid 3 BW zou zijn aangehouden.

Natuurlijk zijn er ook situaties waarin de rechter die toets niet kan maken, maar dat is dan het probleem van de vennootschap of rechtspersoon die zich aansprakelijk had gesteld. Immers, als die er niet in slaagt om de rechter ervan te overtuigen dat de schuldeiser voldoende waarborgen heeft voor de voldoening van zijn vorderingen, zal hij het verzet gegrond verklaren. Vanuit een oogpunt van crediteurenbescherming is dat geen probleem. Of de vennootschap of rechtspersoon

die zich aansprakelijk had gesteld het risico aanvaardt dat hij wellicht zekerheid moet stellen voor de vorderingen van één of meer in verzet komende schuldeisers – welk risico er overigens ook bij een dwingende volgorde is – is aan die vennootschap of rechtspersoon. Het tweede argument van Schepel overtuigt mij evenmin.

Schepel sluit zijn naschrift af met een suggestie om in art. 2:404 BW duidelijkheid te verschaffen over de door hem voorgestane dwingende volgorde van lid 3 van dat artikel. Het moge duidelijk zijn dat ik het met die dwingende volgorde niet eens ben, maar om positief af te sluiten stel ik dan toch vast dat Schepel en ik elkaar toch tenminste erin vinden dat wij beiden kennelijk in ieder geval graag duidelijkheid op dit punt zouden hebben. De praktijk heeft daar grote behoefte aan.