

Redelijkheid en billijkheid bij beëindiging overblijvende aansprakelijkheid uit 403-verklaring

*Mr. drs. H. J. C. Marquenie**

Inleiding

In de praktijk komt het regelmatig voor dat een moeder-vennootschap de ten behoeve van haar dochter afgegeven 403-verklaring bij de verkoop van de dochter vergeet in te trekken en vervolgens de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen conform artikel 2:404 BW. Dit kan ertoe leiden dat de schuldeiser en in bepaalde gevallen zelfs de koper van de dochter-vennootschap of een groepsvennootschap van de koper een beroep kan doen op de 403-verklaring van de oude moeder-vennootschap en de moeder-vennootschap aansprakelijk wordt gesteld voor de schulden van de dochter, ondanks het feit dat de koper op de hoogte is van het feit dat de groepsband is verbroken.

Het verbreken van de groepsband is volgens de wet echter niet genoeg om de aansprakelijkheid te beëindigen. Artikel 2:404 lid 3 BW vereist immers naast de beëindiging van de groepsband tevens dat (1) een mededeling van het voornemen tot beëindiging ten minste twee maanden lang ter inzage heeft gelegen ten kantore van het handelsregister waar de dochter-vennootschap is ingeschreven, (2) ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt, en (3) tegen het voornemen geen tijdig verzet is gedaan door schuldeisers of het verzet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond verklaard.

Tot voor kort werd deze formele benadering onverkort gevolgd, zonder dat er ruimte was voor een correctie op grond van de redelijkheid en billijkheid. Daar lijkt nu echter verandering in te komen met de uitspraak van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (hierna: OK) inzake Jones Lang tegen BosGijze c.s.¹

Casus

Op 30 november 2001 heeft moeder Jones Lang LaSalle B.V. (hierna: Jones Lang) ten aanzien van haar toenmalige dochter-vennootschap Jones Lang LaSalle Project & Development Services B.V. een 403-verklaring afgegeven. Op 17 maart 2004

verkoopt Jones Lang de aandelen in haar dochter-vennootschap aan B.F. van den Bos Holding B.V. (hierna: Bos Holding), welke vennootschap 50% van de aandelen in BosGijze Holding B.V. (hierna: BosGijze) houdt. BosGijze houdt alle aandelen in Snelbouw Interieurgroep B.V. (hierna: Snelbouw) en Rijnmond Meubel B.V. (hierna: Rijnmond). Ten tijde van de overname was de heer B.F. van den Bos bestuurder van Bos Holding en van BosGijze en was Bos Holding bestuurder van Snelbouw en Snelbouw van Rijnmond. Na de overname is de naam van Jones Lang LaSalle Project & Development Services B.V. gewijzigd in Delro B.V. (hierna: Delro). Na de overname krijgen BosGijze, Snelbouw en Rijnmond (hierna: BosGijze c.s.) vorderingen in rekening-courant op Delro (hierna: de intercompany-vorderingen). Delro is op 20 januari 2009 failliet verklaard.

Jones Lang was ten tijde van de verkoop vergeten om de 403-verklaring in te trekken en doet dat pas op 10 december 2008 door middel van het deponeren van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister. Op 11 december 2008 heeft Jones Lang het voornemen bekendgemaakt om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen door publicatie van een daartoe strekkende verklaring. Nadat Delro failliet is verklaard, tekent een aantal schuldeisers, waaronder BosGijze c.s., verzet aan tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. BosGijze c.s. vorderen zekerheid van Jones Lang voor hun intercompany-vorderingen op Delro.

Uitspraak Rechtbank Rotterdam 16 april 2009²

Jones Lang beroept zich in de door haar aanhangig gemaakte procedure bij de Rechtbank Rotterdam op de bekendheid van BosGijze c.s. met de beëindiging van de groepsband tussen Jones Lang en Delro en stelt daarom dat BosGijze c.s. zich derhalve niet op de 403-verklaring kunnen beroepen. De moeder-vennootschap van BosGijze c.s. heeft Delro immers zelf overgenomen van Jones Lang. BosGijze c.s. mogen dus verondersteld worden op de hoogte te zijn van het verbreken van de groepsband, mede gelet op de feitelijk bestaande personele unie – in de persoon van Van den Bos – tussen de besturen

* Mr. drs. H.J.C. Marquenie is werkzaam als advocaat bij Stibbe.

1. Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, JOR 2010, 11 m.nt. Bartman (Jones Lang/BosGijze c.s.).

2. Rb. Rotterdam 16 april 2009, JOR 2009, 161 m.nt. Van der Zanden (BosGijze c.s./Jones Lang).

van Bos Holding en alle betrokken dochtervennootschappen en zustervenootschappen.

Volgens de rechtbank treft het verweer van Jones Lang geen doel. De enkele bekendheid van de schuldeiser met het feit dat de vennootschap niet meer behoort tot de groep van Jones Lang wettigt niet de conclusie dat deze schuldeiser geen aanspraken meer kan ontlenen aan de 403-verklaring. De 403-verklaring is een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling, op grond waarvan rechtstreekse aansprakelijkheid ontstaat.

De eisen van de rechtszekerheid brengen met zich dat Jones Lang aan de 403-verklaring gehouden blijft (ook voor de overblijvende aansprakelijkheid) totdat de verklaring rechtsgeldig is ingetrokken en de overblijvende aansprakelijkheid rechtsgeldig is beëindigd, aldus de Rechtbank Rotterdam. Van een rechtsgeldige beëindiging is volgens de rechtbank geen sprake, aangezien niet aan alle voorwaarden van artikel 2:404 BW is voldaan. Ook zijn er volgens de rechtbank geen feiten of omstandigheden die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ertoe zouden kunnen leiden dat Jones Lang niet aan de 403-verklaring kan worden gehouden. Het feit dat het om intercompany-vorderingen gaat, acht de rechtbank niet relevant, evenmin als de stelling dat Jones Lang de verklaring per ongeluk niet had ingetrokken.

De rechtbank oordeelt dat Jones Lang jegens BosGijze c.s. aansprakelijk is voor voldoening van de vordering op Delro op grond van de afgegeven 403-verklaring. De rechter beveelt Jones Lang derhalve op grond van artikel 2:404 lid 4 BW zekerheid te stellen of een andere waarborg te geven voor de voldoening van de schulden van Delro.

Formele benadering beëindiging overblijvende aansprakelijkheid en kritiek daarop

De Rechtbank Rotterdam hield strikt vast aan de formele vereisten van artikel 2:404 lid 3 BW voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Deze formele benadering kan leiden tot een onredelijke uitkomst, zo ook Staal met betrekking tot de uitspraak van de OK inzake Hoeveholding tegen Ster³ en Janssen met betrekking tot de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake Jones Lang tegen BosGijze c.s.⁴ in eerdere artikelen in dit tijdschrift. Ik deel hun conclusie. Immers, voor BosGijze c.s. was het duidelijk dat Jones Lang per ongeluk de 403-verklaring vergeten was in te trekken. BosGijze c.s. maakten immers zelf deel uit van de groep die Delro had overgenomen. Van den Bos was (middellijk) bestuurder van alle betrokken vennootschappen en zijn wetenschap dient derhalve aan al deze vennootschappen te worden toegerekend. In de periode na de overname tot aan de intrekking van de 403-verklaring hebben verscheidene groepsmaatschappijen (onder lei-

ding van Van den Bos) overeenkomsten gesloten met Delro. Als gevolg daarvan zijn de intercompany-vorderingen ontstaan.

Eerder in 2010 – voorafgaand aan de onderhavige beschikking – leek de OK een voorstander van de door de Rechtbank Rotterdam gevolgde formele benadering. In de zaak Hoeveholding tegen Ster⁵ oordeelde de OK dat ook intercompany-vorderingen onder de 403-verklaring vallen. De OK oordeelde dat groepsmaatschappijen, evenals externe schuldeisers, die waarborg van de aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij behoeven indien zij door het ontbreken van een jaarrekening die voldoet aan de inrichtingsvereisten van titel 9 Boek 2 BW minder inzicht hebben in de financiële positie van een andere groepsmaatschappij. Tevens oordeelde de OK dat uit het 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 de voormalige moedervernootschap dan aan de omstandigheid dat de dochtervennootschap heeft geweten, althans had kunnen weten, dat er voor de oude voormalige moedervernootschap geen reden was om de aansprakelijkheid te handhaven.

Bartman merkt in zijn noot bij de uitspraak van de OK in de zaak Hoeveholding tegen Ster op dat de professionele aard van beide partijen juist de andere kant op zou moeten werken, namelijk ten gunste van de vergeetachtige moedervernootschap. Zeker nu zowel de schuldeisers als de dochtervennootschap ten behoeve waarvan de 403-verklaring is afgegeven, allang niet meer behoren tot de groep van de moedervernootschap die de 403-verklaring heeft afgegeven, zou er ruimte moeten zijn voor een billijkheidscorrectie. De professionele schuldeiser mag dan worden geacht wetenschap te hebben van de verbreking van de groepsband. Hij zou dan zelfs onder 'één (kennis)hoedje' kunnen spelen met de 403-dochter waarop hij de vordering heeft en op die manier misbruik kunnen maken van de 403-verklaring. De bewijslast van het tegendeel zou volgens Bartman in een dergelijk geval op de schuldeiser moeten rusten.⁶

Van der Zanden merkte in zijn noot bij de uitspraak BosGijze c.s. tegen Jones Lang iets vergelijkbaars op. Hij verwijst naar artikel 25 lid 1 van de Handelsregisterwet 2007, waarin staat dat met betrekking tot feiten die door inschrijving of deponeering moeten worden bekendgemaakt, 'tegenover derden die daarvan onkundig waren geen beroep kan worden gedaan zolang de inschrijving of deponering (...) niet hebben plaatsgevonden'. Van der Zanden meent dat BosGijze c.s., zeker voor wat betreft de intercompany-vorderingen die zijn ontstaan na de aankoop van Delro, niet konden stellen dat zij

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

4. M.J. Janssen, De 403-verklaring voor uitgevaren dochters: alertheid geboden, *V&O* 2010, p. 114.

5. Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, *JOR* 2010, 94 m.nt. Bartman (Hoeveholding/Ster).

6. S.M. Bartman in par. 6 van zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, *JOR* 2010, 94 (Hoeveholding/Ster).

onkundig waren van het feit dat Delro niet meer tot de groep van Jones Lang behoorde.⁷

Kort geleden bevestigde de OK dus nog de harde lijn, die inhoudt dat de rechtszekerheid gebiedt dat het belang van de vergeetachtige moeder moet wijken voor het belang van de schuldeiser, zonder dat verder rekening hoeft te worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Onlangs kwam de OK echter met een verrassende uitspraak in het hoger beroep van Jones Lang tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 16 april 2009, waarin zij bepaalde dat BosGijze c.s. als schuldeiser geen beroep toekomt op artikel 2:404 BW.

Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010⁸

De OK vernietigt het vonnis van de Rechtbank Rotterdam. Volgens de OK brengt een redelijke en op de praktijk toegesneden wetstoepassing (die recht doet aan de aard en strekking van de 403-verklaring) mee dat moet worden vastgesteld dat de intercompany-vorderingen niet onder de reikwijdte van de door Jones Lang afgegeven en gedeponeerde 403-verklaring vallen. BosGijze c.s. zijn niet aan te merken als schuldeiser voor de vordering waarvan nog aansprakelijkheid resteert ten laste van Jones Lang in de zin van artikel 2:404 lid 5 BW. De OK is van oordeel dat de rechtszekerheid hiermee niet tekort wordt gedaan. De overweging die naar mijn mening de beslissing draagt, is dat BosGijze c.s. ten tijde van het ontstaan van de intercompany-vorderingen die zijn ontstaan na de overname van Delro volledig op de hoogte waren van de bestaande concernverhoudingen. Voor BosGijze c.s. moet het daarom, anders dan voor externe schuldeisers, zonder meer duidelijk zijn geweest dat Jones Lang niet als moeder vennootschap in de zin van artikel 2:403 BW kon gelden. De OK vindt voor haar oordeel mede steun in de wetsgeschiedenis van artikel 2:404 BW. Aanvankelijk eindigde de aansprakelijkheid drie jaar nadat de dochtervennootschap was opgehouden groepsmaatschappij te zijn. Hieraan kleefde het bezwaar voor schuldeisers dat de datum waarop de groepsband eindigt soms onbekend is. Daarom is een regeling ontworpen die de datum van het einde van de aansprakelijkheid koppelt aan de openbare kennisgeving van artikel 2:404 BW. Dit illustreert volgens de OK dat in beginsel het niet (langer) zijn van een groepsmaatschappij op zichzelf voldoende kan worden geacht om de aansprakelijkheid te beëindigen. Voor het oordeel dat ten aanzien van BosGijze c.s. de aansprakelijkheid zou behoren te eindigen, pleit volgens de OK daarnaast de omstandigheid dat artikel 25 lid 1 van de Handelsregisterwet 2007 (waar Bartman eerder al op wees in zijn noot) met betrekking tot feiten die door inschrijving of deponering moeten worden bekendgemaakt, bepaalt dat daarop 'tegenover derden die daarvan onkundig waren geen beroep [kan] worden gedaan zolang de inschrijving of deponering (...) niet hebben plaatsgevonden'. Volgens de OK

kan in casu niet worden gezegd dat BosGijze c.s. voor wat betreft de intercompany-vorderingen onkundig waren van het feit dat Delro uit de groep van Jones Lang was getreden. Voor dit soort situaties is bekendmaking door middel van het handelsregister daarom niet noodzakelijk of bedoeld.

De OK geeft overigens ook aan dat het oordeel in deze uitspraak niet inhoudt dat intercompany-vorderingen (tussen concernvennootschappen) nimmer vorderingen kunnen zijn waarvoor een 403-verklaring dan wel een overblijvende aansprakelijkheid kan gelden. In een dergelijk geval zal dan echter de moedervennootschap die als gevolg van de aansprakelijkstelling gebonden moet worden geacht, de (gezamenlijke) moedervennootschap van de betrokken concernvennootschappen (moeten) betreffen.

Doorbreking van de bestendige lijn in de rechtspraak

De uitspraak van de OK is verrassend, vooral omdat de OK enkele maanden ervoor in de zaak Hoeveholding tegen Ster nog oordeelde dat intercompany-vorderingen van groepsmaatschappijen wel onbeperkt onder de reikwijdte van de 403-verklaring vallen en het belang van een vergeetachtige moedervennootschap moest wijken voor de rechtszekerheid. Onder anderen Bartman pleitte voor een billijkheidscorrectie op de hoofdregel.⁹ De OK wilde hier toen echter niets van weten. In de uitspraak van de OK in de zaak Jones Lang tegen BosGijze c.s. wordt het verweer, dat in casu bescherming van de 403-verklaring zich niet dient uit te strekken tot de intercompany-vorderingen binnen de groep van BosGijze c.s., alsnog aanvaard door de OK.

De heersende leer in de literatuur en de jurisprudentie in het verleden was dat intercompany-vorderingen altijd binnen de reikwijdte van de 403-verklaring vielen. De wet voorziet niet in een uitzondering, zoals deze nu door de OK wordt gegeven. Hoewel de uitkomst van de beschikking van de OK wenselijk lijkt, had de OK ook (en misschien ook beter?) kunnen oordelen dat een beroep op artikel 2:403 BW in dit geval in strijd was met de redelijkheid en billijkheid. In dat geval had de OK niet hoeven te oordelen dat de regels van artikel 2:404 BW in dit geval niet hoeven te worden gevolgd voor beëindiging van aansprakelijkheid.

Ook volgens Beckman had de redelijkheid en billijkheid de enige grond voor vernietiging moeten zijn. Hij vindt de overwegingen van de OK dat Delro al jaren geen groepsmaatschappij meer is van Jones Lang en dat BosGijze c.s. met het verbreken van de groepsband bekend waren, niet sterk. Ook het beroep op artikel 25 lid 1 van de Handelsregisterwet noemt hij misplaatst, aangezien dit artikel ziet op gevallen waarbij de intrekking van de aansprakelijkheid aan een schuldeiser is meegedeeld zonder dat de intrekkingverklaring is gedepo-

7. P.M. van der Zanden in par. 5 van zijn noot bij Rb. Rotterdam 16 april 2009, JOR 2009, 161 (BosGijze c.s./Jones Lang).

8. Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, JOR 2011, 11 m.nt. Bartman (Jones Lang/BosGijze c.s.).

9. S.M. Bartman in par. 6 van zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010, 94 (Hoeveholding/Ster).

neerd. In casu heeft geen intrekking plaatsgevonden, aangezien deze vergeten was.¹⁰

Bartman is het eens met de uitkomst van de uitspraak van de OK, maar niet met de onderbouwing. Hij vraagt zich af of de regels die gelden voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid van artikel 2:404 lid 3 BW niet gelden tegenover nieuwe groepsmaatschappijen van de verkochte dochtervennootschap waarvoor de 403-verklaring is afgegeven, en of het enkele feit van het hebben van een nieuwe moeder voldoende is voor beëindiging. De OK verwijst in dit verband naar de wetsgeschiedenis, waarin staat dat een openbare kennisgeving doorgaans nodig is, omdat 'voor schuldeisers de datum waarop de groepsband eindigt soms onbekend is'. Wanneer de vennootschap tot een nieuwe groep is gaan behoren, is het voor haar nieuwe concerngenoten wel duidelijk dat de oude groepsband is verbroken en is een beëindigingverklaring dus niet nodig, aldus de OK. De uitspraak gaat volgens Bartman in tegen het grootste gedeelte van artikel 2:404 BW.¹¹

Conclusie

Tegen de uitspraak is geen cassatie ingesteld. In een vergelijkbaar geval is in de tussentijd de Rechtbank Utrecht tot een vergelijkbaar oordeel gekomen als de OK.¹² Als ik het goed zie, volgt de Rechtbank Utrecht bij de motivering van de uitspraak meer Beckman en Bartman dan de OK. Naar mijn mening terecht.

10. H. Beckman, *Vergeeten intrekking 403-verklaring voor een vennootschap die door overdracht groepsmaatschappij is geworden van de kopende maatschappij met dochter die nadien vorderingen op die vennootschap heeft verkregen*, *Ondernemingsrecht* 2010, p. 697-698.

11. S.M. Bartman in par. 3 van zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010, 94 (Hoeveholding/Ster).

12. Rb. Utrecht 10 november 2010, LJN BO3661.