

*Tijdschrift voor*  
**JAARREKENINGEN-  
RECHT**

JAARGANG 10 - JULI 2015

**2**

*mr. G.P. Oosterhoff*  
**Vallen en opstaan**

*mr. C.J.A. van Geffen*  
**Wetsvoorstel 34 176: Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening**

*mr. dr. C.R. Huiskes*  
**Enige beschouwingen omtrent de '403-verklaring'**

*mr. drs. J.B. Backhuijs RA en drs. N.R. Baboeram Panday RA*  
**Praktijkvraag. Twee aandeelhouders die samen een joint venture hebben**

*mr. drs. J.F. Garvelink*  
**Noot. Mistige geldleningen, subjectieve verhinderingen, een letter of representation en een Nederlandse accountant in de Caraïben**

*mr. C.J.A. van Geffen*  
**Actualiteiten**

# Enige beschouwingen omtrent de '403-verklaring'

mr. dr. C.R. Huiskes<sup>1</sup>

In deze bijdrage wordt mede aan de hand van enkele recente uitspraken nader ingegaan op de materiële en temporele reikwijdte, alsook de civielrechtelijke kwalificatie van de hoofdelijke aansprakelijkheid die voor een (consoliderende) moedermaatschappij voortvloeit uit een door haar gedeponeerde 403-verklaring. Daarnaast wordt ook nader ingegaan op enkele problemen waarmee de moedermaatschappij kan worden geconfronteerd indien zij haar aansprakelijkheid uit hoofde van de 403-verklaring (volledig) wenst te beëindigen.

## 1. Inleiding

In groepsverhoudingen wordt door de moedermaatschappij vaak een zogenoemde '403-verklaring' afgegeven, waarbij zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen van haar groepsmaatschappijen voortvloeiende schulden. '403' verwijst naar art. 2:403 BW dat de moedermaatschappij – onder de daar genoemde voorwaarden – de mogelijkheid biedt om haar groepsmaatschappijen, voor wie de hoofdelijkheidsverklaring wordt afgegeven, voor een belangrijk deel vrij te stellen van hun jaarrekeningverplichtingen. Dit vrijstellingsregime komt er, kort gezegd, op neer dat:

- i. de inrichting van de jaarrekening van de groepsmaatschappij minimaal mag zijn;<sup>2</sup>
- ii. de groepsmaatschappij geen jaarverslag behoeft te overleggen;
- iii. door haar geen 'overige gegevens' als bedoeld in art. 2:392 BW in de jaarrekening behoeven te worden opgenomen;
- iv. er door haar geen accountantscontrole behoeft te worden toegepast;<sup>3</sup> en
- v. er voor haar geen verplichting bestaat om de jaarrekening openbaar te maken door deze te deponeren bij het handelsregister.<sup>4</sup>

Daartegenover staat dan wel dat de financiële gegevens van de groepsmaatschappij moeten zijn verwerkt in een geconsolideerde jaarrekening, in de toelichting bij de jaarrekening van de (in de EU gevestigde) moedermaatschappij<sup>5</sup>, en dat de consoliderende moedermaatschappij zich – zoals gezegd – door middel van een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van de groepsmaatschappij voortvloeiende schulden.<sup>6</sup> Deze 403-verklaring dient uiterlijk bij de vaststelling van de geconsolideerde jaarrekening, waarbij de vrijstelling voor de groepsmaatschappij wordt toegepast, bij het handelsregister te worden gedeponeerd. Overigens tezamen met de (jaarlijkse!) instemmingsverklaringen van alle individuele aandeelhouders of leden van de vrij te stellen groepsmaatschappij<sup>7</sup>, de geconsolideerde jaarrekening, het geconsolideerde jaarverslag en de accountantsverklaring bij de geconsolideerde stukken.

Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op de reikwijdte van de aansprakelijkheid die voor de moedermaatschappij uit de 403-verklaring voortvloeit, zowel in materiële zin (par. 2) als in temporele zin (par. 3), het civielrechtelijke karakter van de (vordering uit hoofde van) 403-verklaring (par. 4) en de wijze waarop de moedermaatschappij haar

1. Mr. dr. C.R. (Christian) Huiskes is advocaat/partner ondernemingsrecht bij KienhuisHoving advocaten en notarissen te Enschede.

2. De balans vermeldt in dat geval alleen het saldo van de vaste activa, de vlottende activa, het eigen vermogen, de voorzieningen en de schulden. De winst- en verliesrekening vermeldt alleen het resultaat uit de gewone bedrijfsuitoefening en het saldo van overige baten en lasten, na belastingen (art. 2:403 lid 1 sub a BW).

3. Accountantscontrole vindt wel plaats indien de statuten dat voorschrijven of indien de algemene vergadering daartoe besluit.

4. De art. 2:391 t/m 394 BW zijn niet van toepassing op de vrijgestelde groepsmaatschappij (art. 2:403 lid 3 BW).

5. De moedermaatschappij vermeldt in haar geconsolideerde jaarrekening de toepassing van de vrijstelling voor de betreffende groepsmaatschappij(en).

6. Zie voor kritische kanttekeningen bij de hieraan ten grondslag liggende 'compensatiegedachte' (dat (potentiële) schuldeisers van de groepsmaatschappij gecompenseerd moeten worden voor verlies van inzicht in de financiële positie van hun schuldenaar): A.G.S. Nass en E.C.A. Nass, De vordering uit hoofde van een 403-verklaring, *Ondernemingsrecht* 2014/145, p. 736.

7. Alle individuele aandeelhouders c.q. leden moeten elk jaar, na het begin van het boekjaar en voor de vaststelling van de jaarrekening, schriftelijk instemmen met de vrijstelling van de jaarrekeningvoorschriften (art. 2:403 lid 1 sub b BW). Ook aandeelhouders c.q. leden zonder stemrecht. Dit geldt echter niet voor pandhouders of vruchtgebruikers met stemrecht.

aansprakelijkheid uit hoofde van de 403-verklaring kan beëindigen (par. 5).

## 2. De materiële reikwijdte van de 403-verklaring

Op grond van art. 2:403 lid 1 sub f BW strekt de hoofdelijke aansprakelijkstelling door de consoliderende moedermaatschappij zich alleen uit tot schulden uit rechtshandelingen van de vrijgestelde groepsmaatschappij. Derhalve niet tot schulden van de groepsmaatschappij die een wettelijke grondslag hebben (zoals belastingschulden, premieschulden of loonaanspraken van het UWV in het faillissement van de groepsmaatschappij als werkgever<sup>8</sup>) of een feitelijke grondslag hebben (zoals niet-contractueel opgelegde (geld)boetes, schadevergoedingen uit onrechtmatige daad of andere feitelijke handelingen, zoals brand, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking).<sup>9</sup> Bij 'uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden' valt vooral te denken aan schulden of verbintenissen uit hoofde van (de niet-nakoming van) overeenkomsten die de groepsmaatschappij is aangegaan, ook als het gaat om daaruit voortvloeiende voorwaardelijke verplichtingen<sup>10</sup> of achtergestelde vorderingen<sup>11</sup>. De hoofdelijkheid van de moedermaatschappij behoeft daarbij niet beperkt te zijn tot de betaling van een geldsom. Zij kan in voorkomende gevallen ook worden aangesproken tot feitelijke nakoming van verplichtingen.<sup>12</sup> Bij 'uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden' kan ook worden gedacht aan verplichtingen tot schadevergoeding wegens ontbinding of vernietiging van een overeenkomst.<sup>13</sup> Een stap verder gaat rechtbank Midden

Nederland in haar beschikking van 7 mei 2014 (JOR 2014/260, m.nt. Harmsen) (Curatoren/SNS Bank c.s.). Volgens de rechtbank kunnen derden onder 'uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden' redelijkerwijs ook begrijpen verplichtingen tot vergoeding van schade indien en voor zover deze zijn terug te voeren op – en niet zouden kunnen zijn ontstaan zonder – rechtshandelingen van de groepsmaatschappij. Bij het verrichten van rechtshandelingen, zoals het sluiten van een overeenkomst, moet er immers rekening mee worden gehouden – aldus de rechtbank – dat 'die rechtshandelingen, in combinatie met latere rechtshandelingen of feitelijke handelingen (dan wel nalaten daarvan), schade tot gevolg kunnen hebben' (r.o. 3.5). Meer concreet overweegt de rechtbank dat ook schade die voor derden voortvloeit uit een schending door de groepsmaatschappij van haar bancaire zorgplicht, die via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) onderdeel uitmaakt van een kredietovereenkomst, onder de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uit hoofde van de 403-verklaring valt.<sup>14</sup> Waar deze zorgplicht inderdaad onderdeel is van een overeenkomst die de groepsmaatschappij met een derde heeft gesloten – hetzij uitdrukkelijk overeengekomen (bijvoorbeeld via van toepassing zijnde bankvoorwaarden), hetzij impliciet overeengekomen via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid – lijkt mij dit juist. Voorwaarde is dan wel dat de vordering tegenover de moedermaatschappij uit hoofde van de 403-verklaring ook is gebaseerd op een schending van deze contractuele zorgplicht. Alleen dan kan immers worden gesteld dat de schade als gevolg van een schending van deze zorgplicht voortvloeit uit de betreffende overeenkomst. Voor zover de rechtbank (in r.o. 3.5) lijkt te veronderstellen dat onder de reikwijdte van de 403-verklaring ook valt een verplichting tot schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad (of andere feitelijke handeling) die gerelateerd is aan een overeenkomst, overschrijdt zij echter de grenzen van deze reikwijdte.<sup>15</sup>

## 3. De temporele reikwijdte van de 403-verklaring

De 403-verklaring treedt in werking op een hetzij door de moedermaatschappij gekozen tijdstip als genoemd in de verklaring, hetzij – bij gebreke daarvan – op het moment van depot van de verklaring bij het handelsregister. Alhoewel de Hoge Raad zich hier nog niet over uitgelaten heeft, wordt algemeen

8. Art. 3:288 sub e BW. Zie rechtbank Haarlem 28 juli 2010, JOR 2010/264, m.nt. Bartman (Van der AA/curatoren KPNQwest), r.o. 4.2. Zie ook HR 11 april 2014, JOR 2014/198, r.o. 3.3.2 en HR 11 april 2014, JOR 2014/199, m.nt. Van Dooren (UWV/curatoren Econcern), r.o. 3.3.2.
9. J. van der Kraan, De groepsvrijstelling op basis van art. 2:403 BW – Aansprakelijkheid van de moedervennootschap en de positie van schuldeisers, Celsus (Tilburg) 2012, p. 39/40.
10. Bijvoorbeeld voortvloeiend uit garanties die de groepsmaatschappij heeft verstrekt aan een derde voor de nakoming van verplichtingen van een ander. Zie Rechtbank Midden Nederland (zp Utrecht) 7 mei 2014, JOR 2014/260, m.nt. Harmsen (Curatoren/SNS Bank c.s.).
11. Zie HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR2015:661 (Minister van Financiën/VEB NCVB c.s.).
12. J. van der Kraan, De groepsvrijstelling op basis van art. 2:403 BW, Celsus 2012, pag. 41. A. Ramanna, 'Kwalificatie van de 403-verklaring', Tjv 2008, nr. 1/2, p. 17.
13. Zie de Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Boek 2, p. 1473, N.v.W. 2 Inv.: uit 'uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden' 'blijkt duidelijker dat daaronder bijv. ook vallen schadevergoedingen wegens vernietiging en ontbinding van overeenkomsten'. Zie ook Hof Amsterdam 26 juli 2001, NJ 2004, 87 (Hemony Beheer/Van der Woude), r.o. 4.8 en Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2014, JOR 2014/233, m.nt.

Bartman (Van Lieshout Beleggingen/Koks), r.o. 3.6: de ontbindingsvergoeding vloeit voort uit de arbeidsovereenkomst.

14. R.o. 3.6 t/m 3.8.
15. Zie ook C.M. Harmsen in haar noot onder deze beschikking in JOR 2014/260.



in de 'lagere' rechtspraak<sup>16</sup> en in de literatuur<sup>17</sup> aangenomen dat – indien in de 403-verklaring niet anders is bepaald – de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uit hoofde van deze verklaring zich uitstrekt tot

- i. alle openstaande schulden en later ontstane schulden uit rechtshandelingen die de groepsmaatschappij is aangegaan op het moment van inwerkingtreding van de 403-verklaring;<sup>18</sup> en
- ii. alle schulden uit rechtshandelingen die de groepsmaatschappij is aangegaan na inwerkingtreding van de 403-verklaring.

Bedacht moet worden dat er aan de 403-verklaring niet alleen een jaarrekeningrechtelijk aspect verbonden is, in die zin dat deze verklaring moet voldoen aan het bepaalde in art. 2:403 lid 1 sub f BW wil de groepsmaatschappij vrijgesteld worden van haar jaarrekeningverplichtingen. Aan de 403-verklaring zit ook een civielrechtelijk aspect, in die zin dat de moedermaatschappij zich hoofdelijk tegenover de schuldeisers van de groepsmaatschappij aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van deze groepsmaatschappij voortvloeiende schulden. Civielrechtelijk staat het de moedermaatschappij vrij om haar aansprakelijkheid hieruit te beperken. Niet alleen door zich slechts aansprakelijk te stellen voor bepaalde schulden uit bepaalde rechtshandelingen, of vast te leggen dat zij pas (als een borg) aangesproken kan worden nadat de groepsmaatschappij (als hoofd-

schuldenaar) tekort is geschoten<sup>19</sup>, maar ook om die aansprakelijkheid in de tijd te beperken tot na een bepaalde datum verrichte rechtshandelingen c.q. aangegane schulden.<sup>20</sup> In de verhouding tussen de moedermaatschappij en de schuldeiser geldt de omvang van de aansprakelijkheid zoals deze in de 403-verklaring is bepaald.<sup>21</sup> Waar de schuldeiser alleen rechten kan ontfemen aan hetgeen is bepaald in de 403-verklaring zelf (en niet aan art. 2:403 BW)<sup>22</sup>, kan de moedermaatschappij in de verklaring opgenomen aansprakelijkheidsbeperkingen aan de schuldeiser tegenwerpen. De keerzijde hiervan is dat het risico bestaat dat de verklaring in dat geval niet langer voldoet aan de eisen die art. 2:403 lid 1 sub f BW stelt. Indien de moedermaatschappij bijvoorbeeld in haar verklaring heeft bepaald dat zij alleen hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor schulden uit rechtshandelingen welke 'met ingang van heden' door de groepsmaatschappij worden verricht, zou dat in strijd zijn met de ruime uitleg die thans in de rechtspraak aan de temporele reikwijdte van de 403-verklaring wordt gegeven. De consequentie daarvan is dat de moedermaatschappij en de groepsmaatschappij geen aanspraak kunnen maken op een vrijstelling van de jaarrekeningverplichtingen.<sup>23</sup> In het geval dat niet wordt voldaan aan de jaarrekeningverplichtingen, kan dit onder meer leiden tot een bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW (voor het tekort in de faillissementsboedel) en art. 2:249 BW (misleidende jaarrekening).

16. Rechtbank Amsterdam 20 december 2000, JOR 2001/53, m.nt. Bartman (Tevema), r.o. 3.8; Hof Amsterdam 26 juli 2001, NJ 2004, 87 (Hemony Beheer/Van der Woude), r.o. 4.8; Rechtbank Arnhem 10 oktober 2002, JOR 2003/31, m.nt. Bartman (Resila/Spectro), r.o. 3.8; Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2009, JOR 2009/160, m.nt. Bartman (Bia Beheer), r.o. 4.3.3; Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2009, JOR 2009/279, m.nt. Bartman (Oud Papiercentrale/Bia Beheer), r.o. 4.7.3 en 4.7.4; Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2014, JOR 2014/233, m.nt. Bartman (Van Lieshout Beleggingen/Koks), r.o. 3.5 (zie ook JIN 2014/172, m.nt. Van der Kraan). Anders: Rechtbank Rotterdam 14 januari 1987, NJ 1988, 1050.

17. Zie onder meer H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor de afhankelijke groepsmaatschappijen*, Kluwer 1995, p. 535; A.P. Schoonbrood-Wessels, 'De aansprakelijkheid van de moeder voor schulden van de dochter: de stand van zaken', NV 1996, p. 253 e.v.; P. van Schilf-gaarde, J.W. Winter en J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Kluwer (2013), nr. 106; *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten, P.J. Dortmund e.a., Kluwer (2013), nr. 324.3 en B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht (Deel 2)*, Kluwer (2013), par. 140.3. Anders Bartman/Dorresteyn, *Van het concern*, Kluwer (2013), par. VII.5, p. 251: de terugwerkende kracht is beperkt en geldt niet ten aanzien van schulden uit rechtshandelingen die voor toepassing van de jaarrekeningvrijstelling zijn aangegaan.

18. Als argumenten voor deze 'terugwerkende kracht' van de aansprakelijkheid worden veelal aangevoerd: (i) art. 57 EG-Richtlijn 4, waarin gesproken wordt over 'aangegane verplichtingen', en (ii) de ratio achter de 403-verklaring, dat een gebrek aan inzicht in de financiële positie van de groepsmaatschappij voor haar schuldeisers moet worden gecompenseerd.

#### 4. De civielrechtelijke kwalificatie van de (vordering uit hoofde van de) 403-verklaring

De schuldeiser van de vrijgestelde groepsmaatschappij kan tegenover de moedermaatschappij geen rechten ontfemen aan art. 2:403 BW. Wel aan de 403-verklaring zelf, aldus de Hoge Raad, alhoewel deze geldt als 'een eenzijdige, niet tot een bepaalde rechtspersoon gerichte rechtshandeling'.<sup>24</sup> Wat de 403-verklaring in een concreet geval inhoudt, moet worden vastgesteld door uitleg daarvan, waarbij

19. Art. 7:855 lid 1 BW.

20. Hof 's-Hertogenbosch 13 oktober 2009, JOR 2010/147, m.nt. Bertrams (Granuband/L. Konings Beheer), r.o. 4.10.1; Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2014, JOR 2014/233, m.nt. Bartman (Van Lieshout Beleggingen/Koks), r.o. 3.5 (zie ook JIN 2014/172, m.nt. Van der Kraan).

21. Zie ook A.G.S. Nass en E.C.A. Nass, *Ondernemingsrecht 2014/145*, p. 736.

22. HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447, m.nt. Maeijer (AKZO NOBEL/ING), r.o. 3.4.3.

23. Rechtbank Arnhem 10 oktober 2002, JOR 2003/31, m.nt. Bartman (Resila/Spectro), r.o. 3.11 en 3.12. Zie ook A.G.S. Nass en E.C.A. Nass, *Ondernemingsrecht 2014/145*, p. 737. *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten, P.J. Dortmund e.a., Kluwer (2013), nr. 324.3.

24. HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447, m.nt. Maeijer (AKZO NOBEL/ING), r.o. 3.4.3.

vooral moet worden gelet op de aard en strekking van de verklaring. Haar betekenis moet worden begrepen tegen de achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening.<sup>25</sup> Waar de 403-verklaring geldt als een niet tot een bepaalde partij gericht, eenzijdige rechtshandeling, derden geen invloed hebben op de bewoordingen van de verklaring en de overwegingen die van invloed waren op de redactie van de verklaring voor derden niet kenbaar waren, moet een 403-verklaring worden uitgelegd naar objectieve maatstaven.<sup>26</sup>

Van belang is dat de 403-verklaring – volgens de Hoge Raad – niet geldt als een afhankelijk recht in de zin van art. 3:7 jo. art. 3:82 BW. De hoofdelijke aansprakelijkheid in het kader van art. 2:403 BW kan dan ook niet op één lijn worden gesteld met borgtocht.<sup>27</sup> Een verklaring waarin de moedermaatschappij heeft bepaald dat de schuldeiser eerst de groepsmaatschappij moet aanspreken, alvorens zich tot haar te wenden, kwalificeert dan ook niet als een 403-verklaring.

Hoe moet de 403-verklaring, en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij c.q. de vordering van de schuldeiser hieruit, dan wel worden geduid? In zijn recente arrest van 3 april 2015 knoopt de Hoge Raad wat betreft de hoofdelijke aansprakelijkheid van de consoliderende moedermaatschappij nadrukkelijk aan bij de art. 6:7 e.v. BW.<sup>28</sup>

Een hoofdelijke aansprakelijkheid betekent dat de betreffende schuldenaren zich hoofdelijk tegenover de schuldeiser hebben verbonden tot nakoming 'voor het geheel' (art. 6:7 lid 1 BW). Zij hebben zich, anders dan een borg, niet verbonden tot nakoming van een verbintenis van een ander (de hoofdschuldenaar), maar hebben ieder een eigen schuld tegenover de schuldeiser. De schuldeiser heeft de keuze om ieder van de schuldenaren aan te spreken voor het geheel. De aansprakelijkheid van ieder van de hoofdelijke schuldenaren berust op een zelfstandige verbintenis tegenover de schuldeiser, waarvan de schuldeiser zelfstandig nakoming kan vorderen. De schuldeiser kan (tegelijktijd) (1) de (geconsolideerde) groepsmaatschappij aanspreken uit hoofde van de met haar gesloten overeenkomst, en (2) de moedermaatschappij, die voor de schulden uit rechtshandelingen van deze groepsmaatschap-

pij een 403-verklaring heeft gedeponereerd, aanspreken uit hoofde van deze 403-verklaring.<sup>29</sup>

De zelfstandigheid van beide verbintenissen brengt onder meer mee dat afspraken die de schuldeiser met één van beide schuldenaren maakt niet ook zonder meer van rechtswege doorwerken in de rechtsverhouding tussen de schuldeiser en de andere schuldenaar. Een voorbeeld hiervan geeft voormeld arrest van de Hoge Raad van 3 april 2015. De schuldeiser had hier een schikking getroffen met de groepsmaatschappij die er kort gezegd op neer kwam dat aan de groepsmaatschappij finale kwijting zou worden verleend nadat zij een bedrag aan de schuldeiser had betaald. In navolging van het Hof<sup>30</sup> overwoog de Hoge Raad dat de omstandigheid dat de schuldeiser in het kader van deze schikking afstand heeft gedaan van zijn vorderingsrecht tegenover de groepsmaatschappij niet betekent dat hij ook afstand heeft gedaan van zijn vorderingsrecht tegenover de moedermaatschappij en dat deze zou zijn bevrijd (in die zin dat haar hoofdelijke aansprakelijkheid zich na de getroffen schikking nog slechts zou uitstrekken tot de beperkte schuld die is betaald).<sup>31</sup> Op grond van art. 6:7 lid 2 BW (nakoming door de ene schuldenaar bevrijdt de andere schuldenaar) werkt de schikking slechts in zoverre door dat het (in het kader van die schikking) door de groepsmaatschappij betaalde bedrag ook de schuld van de moedermaatschappij met dat bedrag heeft verminderd. Bedacht moet worden dat in het hiervoor besproken geval geen sprake was van een kwijtschelding (afstand om niet van het vorderingsrecht), welke – evenals een door de schuldeiser verleend uitstel van betaling – op grond van art. 6:9 BW, onder de daar genoemde omstandigheden, wel zou hebben doorgewerkt naar de moedermaatschappij.

Een ander voorbeeld, waaruit blijkt dat afspraken die de schuldeiser met de groepsmaatschappij maakt niet ook zonder meer gelden in de verhouding tussen de schuldeiser en de moedermaatschappij, geeft het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 2015.<sup>32</sup> Hier overwoog de Hoge Raad dat een tussen de groepsmaatschappij (SNS Bank) en haar schuldeisers in hun onderlinge rechtsverhouding afgesproken achterstelling van de vorderingen niet doorwerkt tegenover de consoliderende moedermaatschappij (SNS Reaal) die een 403-verklaring had aangelegd. In de rechtsverhouding tussen de moedermaatschappij en de schuldeisers hebben de schuldeisers een concurrente vordering, tenzij ook tussen hen een achterstelling zou zijn overeengekomen, aldus de Hoge Raad. De wet gaat immers uit van een gelijkheid van schuldeisers (art. 3:277 lid 1

25. HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447, m.nt. Maeijer (AKZO NOBEL/ING), r.o. 3.4.2. Zie ook HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661 (Minister van Financiën/VEB NCVB c.s.), r.o. 4.34.1.

26. Overeenkomstig HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (DSM/Fox), aldus de HR in zijn arrest van 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661 (Minister van Financiën/VEB NCVB c.s.), r.o. 4.34.2.

27. HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447, m.nt. Maeijer (AKZO NOBEL/ING), r.o. 3.4.5 en 3.4.6. Zie ook HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 (Bia Beheer), r.o. 3.4 en 3.6.2. Anders Bartman/Dorresteyn, Van het concern, Kluwer (2013), par. VII.3.1, p. 238/239.

28. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 (Bia Beheer), r.o. 3.6.2.

29. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 (Bia Beheer), r.o. 3.4.

30. Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, JOR 2012/165, m.nt. Bertrams, r.o. 4.16.1.

31. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 (Bia Beheer), r.o. 3.5.

32. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661 (Minister van Financiën/VEB NCVB c.s.).

BW), tenzij zij een door de wet erkende voorrangspositie hebben (art. 3:278 BW) of bij overeenkomst met de betreffende schuldenaar een achterstelling van hun vorderingen hebben aanvaard (art. 3:277 lid 2 BW). Indien de moedermaatschappij de verhaalsmogelijkheden van de betreffende schuldeisers op haar vermogen zou willen beperken, zou daarvan – volgens de Hoge Raad – moeten blijken uit de 403-verklaring, 'daargelaten of daarmee aan de eisen van art. 2:403 BW zou zijn voldaan', dan wel uit de overeenkomsten van achterstelling.<sup>33</sup>

De zelfstandigheid van beide hoofdelijke verbin-tenissen brengt eveneens mee dat waar de schuldeiser tegenover de groepsmaatschappij een voorrangspositie heeft, bijvoorbeeld uit hoofde van een pand- of hypotheekrecht dan wel op grond van een (wettelijk) voorrecht (art. 3:278 BW), hij deze voorrangspositie niet zonder meer ook tegenover de moedermaatschappij heeft. Waar bijvoorbeeld de loonaanspraken van het UWV in het faillissement van de groepsmaatschappij als werkgever bevoorrecht zijn (art. 3:288 sub e BW), kan het UWV dit voorrecht niet ook inroepen in het faillissement van de moedermaatschappij die eerder een 403-verklaring had afgegeven. Art. 2:403 BW verbindt geen voorrecht aan de op de 403-verklaring gebaseerde vordering. Voorrechten ontstaan slechts uit de wet (art. 3:278 lid 2 BW), aldus de Hoge Raad. Art. 3:288 sub e BW geeft alleen een voorrecht aan bepaalde vorderingen op de werkgever (groepsmaatschappij Innogrow) en de moedermaatschappij (Econcern) geldt niet als werkgever.<sup>34</sup>

Waar de Hoge Raad in zijn arrest van 3 april 2015 wat betreft de aansprakelijkheid uit hoofde van de 403-verklaring nadrukkelijk aanknoopt bij de wettelijke regeling van hoofdelijkheid (art. 6:7 e.v. BW), betekent dit ook dat de hieruit voortvloeiende zelfstandige vorderingsrechten afzonderlijk van elkaar kunnen worden overgedragen en bezwaard, afzonderlijk vatbaar zijn voor beslaglegging, en ook afzonderlijk (kunnen) verjaren.

Een afzonderlijke overdracht door (i) de schuldeiser van zijn vordering uit hoofde van de overeenkomst met de groepsmaatschappij aan een derde, dan wel door (ii) de groepsmaatschappij van haar schuld uit hoofde van de overeenkomst met de schuldeiser

(met diens toestemming) aan een derde, levert op zich geen problemen op. In het eerste geval verkrijgt de derde – uit hoofde van de gedeponeerde 403-verklaring – ook een vordering op de moedermaatschappij. In het tweede geval komt er met het einde van de schuld van de groepsmaatschappij ook een einde aan de hoofdelijke verbondenheid van de moedermaatschappij voor deze schuld. In beide gevallen blijft de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uit hoofde van de 403-verklaring verbonden aan de schuld van haar groepsmaatschappij.

Anders wordt dit in het geval dat de vordering uit hoofde van de 403-verklaring door de schuldeiser aan een derde wordt overgedragen, terwijl hij zelf zijn vordering op de groepsmaatschappij behoudt (of aan een andere derde overdraagt). Waar de moedermaatschappij zich op grond van haar 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld tegenover een ieder die een vordering heeft uit hoofde van een rechtshandeling van haar groepsmaatschappij, kan zij hier worden geconfronteerd met een vordering van een derde die niet ook een vordering op haar groepsmaatschappij heeft.<sup>35</sup> Nog afgezien van risico's die verband houden met de omstandigheid dat hier twee zelfstandige vorderingen op twee hoofdelijke schuldenaren worden gehouden door twee verschillende schuldeisers (wat zijn de gevolgen van bijvoorbeeld nakoming, teniet gaan of afstand van de ene vordering voor de andere vordering?)<sup>36</sup>, kan men zich ook afvragen of een overdracht van de vordering uit hoofde van een 403-verklaring wel 'past' tegen de achtergrond dat de 403-verklaring dient als één van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening.<sup>37</sup> De 403-verklaring moet immers de schuldeisers van de groepsmaatschappij een waarborg bieden voor het gebrek van inzicht in haar financiële positie door toepassing van het vrijstellingsregime. Gesteld zou kunnen worden dat de derde die de vordering uit hoofde van de 403-verklaring overgedragen krijgt niet tot deze 'doelgroep' van de 403-verklaring behoort.<sup>38</sup>

Wat betreft de verjaring van beide vorderingen geldt mijns inziens als uitgangspunt dat beide vorderingen gelijktijdig zullen verjaren indien de schuldeiser vanaf het moment van opeisbaar worden van de vordering op de groepsmaatschappij

33. HR 20 maart 2015; ECLI:NL:HR:2015:661 (Minister van Financiën/VEB NCVB c.s.), r.o. 4.34.3 en 4.34.4. Zie ook A.G.S. Nass en E.C.A. Nass, *Ondernemingsrecht* 2014/145, p. 740/741.

34. HR 11 april 2014, *JOR* 2014/199, m.nt. Van Dooren (UWV/curatoren Econcern)), r.o. 3.3.2. Zie ook HR 11 april 2014, *JOR* 2014/198, waarin de loonvordering ex art. 3:288 sub e BW werd ingesteld door een werknemer van een groepsmaatschappij van Econcern. Terzijde merk ik op dat de curatoren van Econcern de vorderingen (loonaanspraken) eigenlijk niet hadden moeten erkennen, maar hadden moeten afwijzen, omdat deze niet zijn gebaseerd op rechtshandelingen (door de groepsmaatschappijen aangegane arbeidsovereenkomsten), maar op een wettelijk recht op uitkering van de werknemers. Zie ook A.G.S. Nass en E.C.A. Nass, *Ondernemingsrecht* 2014/145, p. 741.

35. *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten, P.J. Dortmund e.a., Kluwer (2013), nr. 324.3.

36. A.G.S. Nass en E.C.A. Nass, *Ondernemingsrecht* 2014/145, p. 738. Zie ook R.M. Wibier, '403-perikelen vanuit een goederenrechtelijk perspectief', *Ondernemingsrecht* 2008/52, p. 180/181.

37. HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 447, m.nt. Maeijer (AKZO NOBEL/ING), r.o. 3.4.2. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661 (Minister van Financiën/VEB NCVB c.s.), r.o. 4.34.1.

38. A.G.S. Nass en E.C.A. Nass, *Ondernemingsrecht* 2014/145, p. 738. R.M. Wibier, *Ondernemingsrecht* 2008/52, p. 180/181. Zie ook Bartman/Dorresteyn, *Van het concern*, Kluwer (2013), par. VII.3.1, p. 239/240.

ook de mogelijkheid had om de moedermaatschappij hoofdelijk aan te spreken op grond van een door haar gedeponeerde 403-verklaring waarvan de schuldeiser op de hoogte kon zijn, maar verzuimt deze verjaring tijdig te stuiten.<sup>39</sup> Beide vorderingen zullen echter afzonderlijk verjaren indien bijvoorbeeld de verjaring slechts ten aanzien van één van beide schuldenaren wordt gestuit of de 403-verklaring op een later moment door de moedermaatschappij wordt gedeponeerd (in welk geval de verjaring van het vorderingsrecht op de moedermaatschappij later aanvangt).<sup>40</sup>

Ondanks de hiervoor geschetste zelfstandigheid van beide hoofdelijke verbintenissen, zijn zij uiteindelijk wel met elkaar verbonden in de uit rechtshandelingen van de groepsmaatschappij voortvloeiende schulden. Deze verbondenheid brengt bijvoorbeeld mee dat

- de vordering uit hoofde van de 403-verklaring pas opeisbaar is als ook de aanspraak uit hoofde van de rechtshandeling van de groepsmaatschappij opeisbaar is;
- indien de groepsmaatschappij of de moedermaatschappij de schuld (geheel of gedeeltelijk) is nagekomen, ook de ander (geheel of gedeeltelijk) tegenover de schuldeiser is bevrijd (art. 6:7 lid 2 BW);
- indien de schuldeiser de schuld (geheel of gedeeltelijk) aan de groepsmaatschappij heeft kwijtgescholden, de schuld ook voor de moedermaatschappij (voor dat deel) teniet is gegaan (art. 6:9 BW);
- indien de schuldeiser aan de groepsmaatschappij uitstel van betaling heeft verleend, dit uitstel ook voor de moedermaatschappij geldt (art. 6:9 BW);
- indien de groepsmaatschappij haar schuld tegenover de schuldeiser (met diens toestemming) overdraagt aan een derde, de moedermaatschappij niet meer uit hoofde van de 403-verklaring kan worden aangesproken.

## 5. Beëindiging van de aansprakelijkheid

### 5.1. Intrekking van de 403-verklaring

De moedermaatschappij kan de 403-verklaring 'intrekken' door een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister neer te leggen. Zij is dan niet langer aansprakelijk voor schulden van de groepsmaatschappij uit rechtshandelingen die zijn aangegaan na het moment van publicatie van dit depot door de Kamer van Koophandel.<sup>41</sup> Anders dan bij

intrekking van de overblijvende aansprakelijkheid (zie hierna), staat tegen deze beëindiging en voorkoming van 'nieuwe' aansprakelijkheid geen verzet open.<sup>42</sup>

### 5.2. Beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid

De moedermaatschappij blijft in beginsel aansprakelijk voor bestaande en toekomstige schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht voordat tegenover schuldeisers een beroep op de intrekking van de 403-verklaring kan worden gedaan (art. 2:404 lid 2 BW). Het gaat dan om schulden uit rechtshandelingen verricht voor het moment van het depot van de intrekkingverklaring en – bij NV's/BV's – publicatie van dit depot (art. 25 Handelsregisterwet 2007). De omvang van deze 'overblijvende' aansprakelijkheid wordt mede bepaald door de temporele reikwijdte van de verklaring.<sup>43</sup> Indien de 403-verklaring niet temporeel is beperkt, omvat de hieruit voortvloeiende aansprakelijkheid bestaande en toekomstige schulden uit zowel rechtshandelingen die zijn verricht in de periode dat de 403-verklaring was gedeponeerd als rechtshandelingen verricht in de periode voordat de 403-verklaring was gedeponeerd,<sup>44</sup> waaronder ook uit deze rechtshandelingen voortvloeiende schulden die na intrekking zijn ontstaan in de verzetperiode als bedoeld in art. 2:404 lid 5 BW (zie hierna, par. 5.3).<sup>45</sup>

plaatsvindt in een door de Minister aangewezen publicatieblad (Staatscourant) of een ander even doeltreffend instrument, dat ten minste het gebruik van een systeem omvat dat in chronologische volgorde via een centraal elektronisch platform toegang tot de openbaar gemaakte informatie biedt (website).

39. Hof 's-Gravenhage 18 maart 2014, JOR 2015/93, m.nt. Bartman, r.o. 8.  
40. Hof 's-Gravenhage 18 maart 2014, JOR 2015/93, m.nt. Bartman, r.o. 11. W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Schoordijk Instituut Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, Tjeenk Willink 1999, p. 76/77.  
41. Art. 2:404 lid 1 BW jo. art. 24 en 25 Handelsregisterwet 2007. Wat betreft NV's of BV's geldt dat publicatie

42. Intrekking van de 403-verklaring voor de vaststelling van de jaarrekening brengt mee dat de jaarrekeningvrijstelling over het afgelopen boekjaar niet mag worden toegepast. Bij een intrekking na de vaststelling van de jaarrekening blijft de vrijstelling over het afgelopen boekjaar gelden. Zie H. Beckman, commentaar bij art. 2:404 BW in *SDU Commentaar Ondernemingsrecht*.

43. Zie ook S.M. Bartman in zijn noot onder Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2014, JOR 2014/233 (Van Lieshout Beleggingen/Koks).

44. Onder de 403-verklaring vallen immers zowel toekomstige schulden als reeds bestaande schulden uit rechtshandelingen die op of na de datum van inwerkingtreding van de 403-verklaring bestaan. Zie onder meer Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2014, JOR 2014/233, m.nt. Bartman (Van Lieshout Beleggingen/Koks) (zie ook de noot van J. van der Kraan onder deze uitspraak in *JIN* 2014/172).

45. S.M. Bartman in zijn noot onder Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2014, JOR 2014/233 (Van Lieshout Beleggingen/Koks), met dien verstande dat hij zich op het standpunt stelt dat het daarbij alleen kan gaan om schulden uit rechtshandelingen welke zijn verricht na het deponeren van de 403-verklaring. Zie Bartman/Dorresteyn, *Van het concern*, Kluwer (2013), par. VII.6.3, p. 256/257.

Wil de moedermaatschappij zich ook bevrijden van deze overblijvende aansprakelijkheid, dan dient aan de volgende cumulatief geldende voorwaarden te zijn voldaan (art. 2:404 lid 3 BW):

- i. de groepsmaatschappij moet 'buiten' de groep van de moedermaatschappij zijn gebracht;<sup>46</sup>
- ii. een mededeling van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid moet ten minste twee maanden ter inzage hebben gelegen bij het handelsregister;
- iii. na publicatie hiervan in een landelijk dagblad moeten ten minste twee maanden zijn verlopen; en
- iv. er is binnen die termijn geen verzet aangetekend door een schuldeiser, of het verzet is ingetrokken dan wel onherroepelijk ongegrond verklaard.

Of de moedermaatschappij ook daadwerkelijk is bevrijd, wordt formeel bepaald aan de hand van deze criteria.<sup>47</sup> Wordt aan één of meer van deze voorwaarden niet of niet volledig voldaan – omdat bijvoorbeeld de groepsband nog niet is verbroken, de twee maandentermijn voor depot en/of publicatie niet is nageleefd of de publicatie niet heeft plaatsgevonden in een landelijk verspreid dagblad<sup>48</sup> – dan blijft de overblijvende aansprakelijkheid doorlopen.

Het volgen van de hiervoor besproken procedure neemt overigens niet weg dat de moedermaatschappij op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid bekende grote schuldeisers van de groepsmaatschappij persoonlijk inlicht omtrent het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.<sup>49</sup> Doet zij dit niet, dan kun-

nen de eisen van redelijkheid en billijkheid zich er onder omstandigheden tegen verzetten dat de moedermaatschappij zich ten opzichte van de enige schuldeiser van de groepsmaatschappij op beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid kan beroepen.<sup>50</sup> De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen ook meebrengen dat de moedermaatschappij zich niet tegenover de enige schuldeiser van de groepsmaatschappij mag beroepen op het verstrijken van de ('fatale') verzettermijn als bedoeld in art. 2:404 lid 5 BW, indien blijkt dat zij bewust op het verstrijken van de verzettermijn heeft aangestuurd en de schuldeiser pas op de datum van het verstrijken van deze termijn over het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid heeft geïnformeerd, zodat deze te laat verzet zou aantekenen.<sup>51</sup>

### 5.3. Verzetrecht schuldeisers

De overblijvende aansprakelijkheid blijft ook gelden in het geval dat één of meer schuldeisers tijdig verzet hebben aangetekend tegen het voornemen tot beëindiging van deze aansprakelijkheid. Ten aanzien van deze schuldeisers blijft de overblijvende aansprakelijkheid dan doorlopen totdat het verzet is ingetrokken of ongegrond is verklaard. Ook indien het verzet van een of meer schuldeisers gegrond is verklaard, heeft dit gegrond verklaarde verzet een relatieve werking, in die zin dat de overblijvende aansprakelijkheid uitsluitend blijft voortbestaan jegens de schuldeisers van wie het verzet gegrond is verklaard. Ten aanzien van overige schuldeisers eindigt de overblijvende aansprakelijkheid na afloop van de verzetstermijn.<sup>52</sup>

Het verzetrecht komt alleen toe aan de schuldeiser van de groepsmaatschappij voor wier schulden de moedermaatschappij zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld. Derhalve niet aan schuldeisers van deze schuldeisers.<sup>53</sup> Het verzet dient te worden gedaan via een verzoekschrift bij de rechtbank van de woonplaats van de groepsmaatschappij (art. 2:404 lid 5 BW).

Een schuldeiser kan – ter vervanging voor het verlies van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij – verlangen dat hem zekerheid of een andere waarborg wordt gegeven voor de voldoening van zijn vorderingen die onder de '403-aansprakelijkheid' vallen (lid 4).<sup>54</sup> Indien de

46. De groepsinvloed van de moedermaatschappij moet daadwerkelijk zijn beëindigd. Daarbij kan het om meer gaan dan een enkele overdracht van alle of een meerderheid van de aandelen. Zie J. van der Kraan, Het begrip 'groep' in het kader van de groepsvrijstelling van art. 2:403 BW, *JBN* 2015/4, p. 7-10. De wet sluit niet uit de mogelijkheid dat de moedermaatschappij die nog onderhandelt over de overdracht van de aandelen in haar groepsmaatschappij alvast kan beginnen met de publicatie van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.

47. Algemeen wordt aanvaard dat de rechtszekerheid met zich brengt dat schuldeisers van een voormalige groepsmaatschappij op de waarde van een gedeponeerde verklaring moeten kunnen vertrouwen. Zie A.G.S. Nass, 'De vergeten 403-verklaring en de redelijkheid en billijkheid', *Ondernemingsrecht* 2013/95, p. 474 e.v., en de door haar in voetnoot 11 genoemde jurisprudentie en literatuur.

48. Zie Hof Amsterdam (OK) 29 juli 1993, *NJ* 1994, 132 (Teeuwissen Holding): alhoewel hier werd aangenomen dat publicatie in het Nederlands Dagblad niet heeft te gelden als een publicatie in een landelijk verspreid dagblad, hebben de rechtbank en de OK ten onrechte niet geoordeeld dat de overblijvende aansprakelijkheid voor de moedermaatschappij is blijven doorlopen, maar het verzet van de enig schuldeiser van de groepsmaatschappij gegrond verklaard.

49. Zie voor kritiek hierop: K. Bungenberg, 'De verzettermijn van artikel 2:404 lid 5 BW – fataal of toch flexibel?', *VeO* 2015, nr. 2, p. 30/31.

50. Hof Amsterdam (OK) 29 juli 1993, *NJ* 1994, 132 (Teeuwissen Holding).

51. Rechtbank Rotterdam 30 september 2014, *JOR* 2014/326 (Pergen vof c.s./Eneco), r.o. 4.9.

52. Zie ook K. Bungenberg, *VeO* 2015, nr. 2, pag. 29.

53. HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 447, m.nt. Maeijer (AKZO NOBEL/ING), r.o. 3.5.3.

54. Bij zekerheden kan in eerste instantie aan zakelijke zekerheden, zoals pand en hypotheek, worden gedacht. Naast persoonlijke zekerheden, zoals hoofdelijke aansprakelijkheid of borgtocht. Bij een waarborg kan worden gedacht aan een bankgarantie (*Kamerstukken II* 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 46), maar ook aan een depot bij een bank of notaris. Zie E. Loesberg



schuldeiser voldoende waarborgen heeft dat zijn vorderingen, na het beëindigen van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, zullen worden voldaan – gelet op de vermogenstoestand van de groepsmaatschappij of uit anderen hoofde –, wijst de rechter het verzoek van de schuldeiser af. In dat licht is het opmerkelijk dat de rechtbank Midden Nederland in haar beschikking van 7 mei 2014, ondanks dat werd geconstateerd dat de financiële positie van de groepsmaatschappij (Propertize B.V.) was versterkt en daardoor ook de verhaalsmogelijkheden voor haar schuldeisers waren toegenomen, overweegt dat haar schuldeisers er belang bij hebben dat de moedermaatschappij (SNS Bank) uit hoofde van de door haar verstrekte 403-verklaring aansprakelijk blijft voor de gestelde vorderingen.<sup>55</sup> Blijkbaar bood de vermogenstoestand van Propertize, ondanks de versterking van haar financiële positie en de toename van de verhaalsmogelijkheden voor haar schuldeisers, toch nog onvoldoende waarborgen. Als onvoldoende waarborg werd beschouwd de enkele stelling van SNS Bank en Propertize dat SNS Bank door de Nederlandse Staat is genationaliseerd en dat de Nederlandse Staat Propertize in grote mate financieel heeft ondersteund en Propertize niet zal laten vallen. Dat zou anders zijn geweest, indien een daartoe strekkende verklaring van de Nederlandse Staat zou zijn overgelegd (r.o. 3.18).

Indien de waarborgen volgens de rechter onvoldoende zijn, stelt de rechter aan de moedermaatschappij een termijn waarbinnen zij een door de rechter omschreven waarborg aan de schuldeiser dient te geven (art. 2:404 lid 4 BW). In de hiervoor genoemde zaak kregen SNS Bank en Propertize de mogelijkheid om aan de hand van de in het geding te brengen enkelvoudige jaarrekening van Propertize toe te lichten waarom haar vermogenstoestand voldoende waarborgen biedt (r.o. 3.19). Blijkt na afloop van deze termijn dat zij deze waarborg niet hebben gegeven, dan verklaart de rechter het verzet van de schuldeisers gegrond (lid 6). Het gevolg daarvan is dat de overblijvende aansprakelijkheid ten aanzien van deze schuldeisers blijft doorlopen.

#### 5.4. De 'vergeten' 403-verklaring

In de praktijk komt het toch nog vrij regelmatig voor dat de moedermaatschappij, na de verkoop en overdracht van de aandelen in het kapitaal van de groepsmaatschappij, vergeet om de door haar ten behoeve van de schuldeisers van deze groepsmaatschappij gedeponeerde 403-verklaring in te trekken. Ook indien de 403-verklaring pas later alsnog wordt ingetrokken, geldt als uitgangspunt dat – waar niet formeel is voldaan aan alle (vier) cumulatief geldende voorwaarden als genoemd

in art. 2:404 lid 3 BW (zie hiervoor, par. 5.2) – de moedermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk blijft voor (bestaande en toekomstige) schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht voordat tegenover schuldeisers een beroep op de intrekking kan worden gedaan. Algemeen wordt aangenomen dat – nu de 403-verklaring een ongerichte, eenzijdige en openbare verklaring is, die in beginsel onbeperkte werking heeft, en waarvan schuldeisers kennis kunnen nemen door zelf het handelsregister te raadplegen – de rechtszekerheid meebrengt dat schuldeisers van een voormalige groepsmaatschappij op de waarde van een gedeponeerde verklaring moeten kunnen vertrouwen.<sup>56</sup>

Eveneens wordt algemeen aangenomen dat de moedermaatschappij zich dan nog slechts onder (zeer) bijzondere omstandigheden – met een beroep op de derogerende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW) – kan bevrijden van deze overblijvende aansprakelijkheid. In de kern komt het erop neer dat de moedermaatschappij aan de hand van concreet onderbouwde feiten en omstandigheden in elk geval moet aantonen dat er een nauwe of bijzondere relatie bestaat tussen enerzijds de betreffende schuldeiser en anderzijds de moedermaatschappij en/of de groepsmaatschappij en dat de schuldeiser wist of behoorde te weten dat de moedermaatschappij de 403-verklaring per abuis niet heeft ingetrokken.<sup>57</sup>

De hiervoor bedoelde bijzondere relatie kan er uit bestaan dat de schuldeiser bijvoorbeeld de koper van de aandelen van de groepsmaatschappij is, die tevens ter financiering van de koopsom een lening van de voormalige moedermaatschappij heeft verkregen<sup>58</sup>, of al sinds jaren de nieuwe zustermaatschappij van de betreffende groepsmaatschappij is en op het moment dat zij 'intercompany-vorderingen' op de groepsmaatschappij verkrijgt als 'interne schuldeiser' volledig op de hoogte was van de bestaande groepsverhoudingen<sup>59</sup>. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter daarbij zeer terughoudend is. Een voorbeeld van een wel zeer terughoudende benadering geeft de beschikking van het Hof Amsterdam (OK) van 23 juli 2014.<sup>60</sup> Hier had de moedermaatschappij (VLB) in 1987 een 403-verklaring gedeponneerd ten behoeve van de schuldeisers van haar groepsmaatschappij 'Schildersbedrijf'. Bij de overdracht van de aandelen in Schildersbedrijf aan een derde in 1990 vergeet VLB de 403-verkla-

in zijn noot onder Rechtbank Rotterdam 30 september 2014, *JOR* 2014/326 (Pergen vof c.s./Eneco).

55. Rechtbank Midden Nederland (zp Utrecht) 7 mei 2014, *JOR* 2014/260, m.nt. Harmsen (Curatoren/SNS Bank c.s.), r.o. 3.15.

56. Zie A.G.S. Nass, *Ondernemingsrecht* 2013/95, p. 476 en de door haar in voetnoot 11 genoemde literatuur en jurisprudentie.

57. Zie voor een uitvoerig overzicht van verschillende feiten en omstandigheden die in onderlinge samenhang een billijkheidscorrectie rechtvaardigen: A.G.S. Nass, *Ondernemingsrecht* 2013/95, p. 477 e.v.

58. Rechtbank Utrecht 10 november 2010, *JOR* 2011/6, m.nt. Bartman (Houdstermaatschappij G.T. Lekkerkerker), r.o. 4.13.

59. OK 30 september 2010, *JOR* 2010/306, m.nt. Bartman (JLL/BosGijze c.s.), r.o. 3.13.

60. Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2014, *JOR* 2014/233, m.nt. Bartman (Van Lieshout Beleggingen/Koks).

ring in te trekken. Dat doet zij pas 23 jaar later (!) – op 16 september 2013 – waarbij zij vervolgens ook de mededeling van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid deponeert en publiceert. Koks – (voormalig) titulair directeur bij Schildersbedrijf – tekent tijdig verzet aan tegen het voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Hem werd kort daarvoor een ontslagvergoeding jegens Schildersbedrijf toegekend waarvoor hij ook VLB hoofdelijk aansprakelijk wenst te houden. De OK overweegt hier – voor zover relevant – dat een beroep door VLB op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid slechts in uitzonderlijke gevallen behoort te worden gehonoreerd. *'Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden en risico's dient (...) meer gewicht toe te komen aan de door VLB niet ingetrokken 403-verklaring dan aan de omstandigheid dat Koks – geobjectiveerd bezien – had kunnen weten dat Schildersbedrijf geen dochtermaatschappij van VLB meer was en er voor VLB geen reden was om de aansprakelijkheid voor uit rechtshandelingen van Schildersbedrijf voortvloeiende schulden te handhaven'* (r.o. 3.10). Wat toch bevreemdt, is dat de OK – ook kijkend naar de duur van Koks' arbeidsrelatie met Schildersbedrijf van nota bene 39 (!) jaar (van 1974 t/m 2013) en zijn positie als titulair directeur – het niet aannemelijk acht dat Koks daadwerkelijk op de hoogte is geweest van de ontvlechting van de groep van VLB en van het gegeven dat VLB niet langer de moeder vennootschap van Schildersbedrijf was (r.o. 3.10).<sup>61</sup>

gaan dat de vordering uit hoofde van de 403-verklaring – na overdracht – zou kunnen worden ingeroepen door een derde die niet ook een vordering op de groepsmaatschappij heeft en derhalve niet tot de (groep van) schuldeisers behoort voor wie de 403-verklaring beoogt bescherming te bieden wegens het gebrek van inzicht in de financiële positie van de groepsmaatschappij door toepassing van de groepsvrijstelling. Het zou wenselijk zijn dat de Hoge Raad ook op dit punt duidelijkheid zou verschaffen. Dat geldt ook wat betreft de temporele reikwijdte van de 403-verklaring, alhoewel in de 'lagere' rechtspraak, alsook in de literatuur een ruime temporele reikwijdte inmiddels breed wordt aanvaard.

## 6. Slot

Uit het voorgaande blijkt dat de aard en omvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uit hoofde van een door haar gedeponeerde 403-verklaring, alsook de wens om deze aansprakelijkheid te beëindigen, in de praktijk nog tal van (rechts)vragen oproepen. Wat betreft de aard van deze aansprakelijkheid heeft de Hoge Raad onlangs meer duidelijkheid verschaft. De Hoge Raad beschouwt de vorderingsrechten van de schuldeiser op de groepsmaatschappij (uit hoofde van de rechtshandeling) en op de moedermaatschappij (uit hoofde van de 403-verklaring) als zelfstandige hoofdelijke verbintenissen in de zin van de art. 6:7 e.v. BW. De consequentie hiervan is onder meer dat afspraken die de schuldeiser met de groepsmaatschappij maakt (anders dan over kwijtschelding en uitstel van betaling in de zin van art. 6:9 BW) niet ook zonder meer gelden voor de moedermaatschappij (en andersom), maar ook dat beide vorderingen bijvoorbeeld afzonderlijk van elkaar kunnen worden overgedragen. Wat dit laatste betreft, is het de vraag of de zelfstandigheid van beide hoofdelijke verbintenissen zover zou moeten

61. Zie ook de noot J. Van der Kraan bij deze beschikking in *JIN* 2014/172.