

Enkele nadere beschouwingen omtrent de '403-verklaring'

mr. dr. C.R. Huiskes¹

1. Inleiding

Deze bijdrage, ter gelegenheid van het 15-jarige jubileum van het Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht, is een vervolg op of, beter gezegd, een actualisering van mijn bijdrage over de '403-verklaring' aan dit tijdschrift in juli 2015.² In laatstbedoelde bijdrage (hierna: *Tvj* 2015, nr. 2) ben ik ingegaan op (i) de materiële reikwijdte van de 403-verklaring, (ii) haar temporele reikwijdte, (iii) de civielrechtelijke kwalificatie van de (vordering uit hoofde van de) 403-verklaring en (iv) de beëindiging van de aansprakelijkheid na intrekking van de 403-verklaring. Hierna zal ik enkele relevante ontwikkelingen bespreken die zich sindsdien in de rechtspraak hebben voorgedaan waar het gaat om de materiële en temporele reikwijdte van de 403-verklaring en het recht van verzet van schuldeisers in het kader van de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid na intrekking van de 403-verklaring. Daarbij zal ik met name stil staan bij de zogenoemde 'SNS-zaak', aangezien de beschikkingen die na juli 2015 in deze zaak door de Ondernemingskamer en de Hoge Raad zijn gewezen de afgelopen jaren de rechtspraak en literatuur over de 403-verklaring hebben gedomineerd.³

2. De materiële reikwijdte van de 403-verklaring

Wat betreft de materiële reikwijdte van de 403-verklaring geldt dat de hieruit voortvloeiende hoofdelijke aansprakelijkstelling van de consoliderende moedermaatschappij zich alleen uitstrekt tot schulden uit rechtshandelingen van de vrijgestelde groepsmaatschappij. Dus niet tot haar schulden die een wettelijke grondslag hebben (zoals belasting- en premieschulden) of een feitelijke grondslag hebben

(zoals een niet-contractueel opgelegde (geld)boete of een schadevergoeding uit onrechtmatige daad).⁴ In veel gevallen gaat het daarbij om schulden of verplichtingen die voor de groepsmaatschappij voortvloeien uit overeenkomsten of de niet-nakoming daarvan⁵, maar ook schulden uit eenzijdige rechtshandelingen vallen onder het bereik van artikel 2:403 lid 1 sub f. BW.⁶

In het kader van de materiële reikwijdte van de 403-verklaring besprak ik de tussenbeschikking van de rechtbank Midden-Nederland van 7 mei 2014 inzake Curatoren c.s./SNS Bank c.s.⁷ Het betrof hier een procedure waarin – kort gezegd – verzet werd aangetekend tegen het voornemen van SNS Bank en SNS Reaal om hun overblijvende aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 2:404 lid 3 BW voor schulden van hun groepsmaatschappijen Propertize respectievelijk PRPZ te willen beëindigen (zie ook hierna in par. 4). Voor zover relevant voor de materiële reikwijdte van de 403-verklaring, oordeelde de rechtbank in deze tussenbeschikking dat ook voorwaardelijke verplichtingen van de groepsmaatschappij onder de reikwijdte van een 403-verklaring vallen. In dit geval bestond die voorwaardelijke verplichting eruit dat Propertize zich tegenover schuldeiser CRI garant had gesteld voor de nakoming van verplichtingen van andere partijen, die eerst nog door CRI moesten worden aangesproken. Daarnaast oordeelde de rechtbank dat ook een schadevergoedingsverplichting die voortvloeit uit een schending door de groepsmaatschappij (i.c. Propertize) van haar bancaire zorgplicht, die via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid onderdeel uitmaakt van kredietovereenkomsten met enkele gefailleerde vennootschappen, onder de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij (SNS Bank) uit hoofde van de 403-verklaring valt.⁸

1. Christian Huiskes is advocaat/partner bij Van Benthem & Keulen te Utrecht.
2. C.R. Huiskes, 'Enige beschouwingen omtrent de "403-verklaring"', *Tvj* 2015, nr. 2, p. 38-46.
3. Voor zover mij bekend hebben zich sinds juli 2015 (althans na HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 (Bia Beheer)) geen relevante ontwikkelingen in de rechtspraak meer voorgedaan wat betreft de civielrechtelijke kwalificatie van de (vordering uit hoofde van de) 403-verklaring. Ik laat dit onderwerp hierna derhalve buiten beschouwing en verwijs hier naar mijn bijdrage in *Tvj* 2015, nr. 2, par. 4.

4. Zie hierover uitvoeriger mijn bijdrage aan *Tvj*, nr. 2, par. 2.
5. Zoals de verplichting tot schadevergoeding wegens ontbinding of vernietiging van de overeenkomst.
6. Zoals de bekrachtiging van een overeenkomst na oprichting van de vennootschap (ex artikel 2:93/203 BW). Zie Hof Den Haag 5 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2477, *JOR* 2018/2, m.nt. Bartman.
7. Rb. Midden-Nederland 7 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1642, *JOR* 2014/260, m.nt. Harmsen (Curatoren c.s./SNS Bank c.s.).
8. Onder uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden zijn, aldus de rechtbank, redelijkerwijs ook te begrijpen verplichtingen tot vergoeding van schade indien en voor zover deze zijn terug te voeren op, en niet zouden kunnen zijn ontstaan zonder, de rechtshandeling van de groepsmaatschappij (r.o. 3.5).

Tegen deze tussenbeschikking, een daarop volgende tussenbeschikking van 5 november 2014⁹ en de eindbeschikking van 14 januari 2015¹⁰, waarin uiteindelijk het verzet gegrond werd verklaard, is hoger beroep ingesteld bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (OK).

In haar beschikking van 9 december 2015 overweegt de OK in dit verband, wat betreft de claim uit hoofde van de garantstelling, in navolging van de rechtbank, dat het voorwaardelijke karakter hiervan er niet aan af doet dat de vordering onder de 403-verklaring valt. Een andere uitleg "volgt niet uit de bewoordingen van de 403-verklaring en strookt niet met de ratio daarvan".¹¹ Daarnaast overweegt de OK, in navolging van de rechtbank, dat waar de curatoren hun vordering tot schadevergoeding tegen Propertize baseren op wanprestatie van Propertize onder de met de gefailleerde schuldeisers gesloten kredietovereenkomsten, en zich in dat kader ook beroepen op schending door Propertize van een op haar uit hoofde van redelijkheid en billijkheid rustende bancaire zorgplicht, deze vordering onder het bereik van de 403-verklaring valt. De rechtsgevolgen van een overeenkomst worden, aldus de OK (daarbij verwijzend naar artikel 6:248 lid 1 BW), mede bepaald door de wet, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid. Ook voor met die rechtsgevolgen samenhangende schulden, waaronder die tot schadevergoeding wegens wanprestatie (schending van de bancaire zorgplicht) geldt dat deze voortvloeien uit rechtshandelingen waartoe de 403-verklaring zich uitstrekt. Volgens de OK geldt een schending van de bancaire zorgplicht niet (slechts) als een schending van een wettelijke verplichting, maar – via de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid – als een schending van de kredietovereenkomst en kan SNS Bank voor de hieruit voortvloeiende schulden van Propertize op grond van de 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld.¹²

3. De temporele reikwijdte van de 403-verklaring

In rechtspraak¹³ en literatuur¹⁴ wordt algemeen aanvaard dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de consoliderende moedermaatschappij zich, ter bescherming van schuldeisers van de vrijgestelde groepsmaatschappij, in de tijd uitstrekt tot alle reeds openstaande en later ontstane schulden uit rechtshandelingen die de vrijgestelde groepsmaatschappij is aangegaan op het moment van inwerkingtreding van de 403-verklaring en alle schulden uit rechtshandelingen die daarna zijn aangegaan.¹⁵

In de praktijk komt het regelmatig voor dat de moedermaatschappij haar aansprakelijkheid wenst te beperken, in die zin dat zij (blijkens de door haar gedeponeerde 403-verklaring) alleen aansprakelijkheid aanvaardt voor schulden uit rechtshandelingen van haar groepsmaatschappij die zijn ontstaan na inwerkingtreding van de 403-verklaring. Waar zij daarmee aansprakelijkheid voor schulden uit de in de periode daarvoor verrichtte rechtshandelingen uitsluit, hetgeen haar overigens civielrechtelijk vrij staat¹⁶, rijst de vraag of nog wel wordt voldaan aan de eisen die artikel 2:403 lid 1 aanhef en sub f. BW

13. Zie onder andere Rb. Amsterdam 20 december 2000, *JOR* 2001/53, m.nt. Bartman (*Tevena*), r.o. 3.8; Hof Amsterdam 26 juli 2001, *NJ* 2004/87 (*Hemony Beheer/Van der Woude*), r.o. 4.8; Rb. 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: Rb. Rotterdam 14 januari 1987, *NJ* 1988/1050.
14. 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.; Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Kluwer (2017), nr. 106; *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten, P.J. Dortmond 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/Olaerts, *Van het concern*, Kluwer (2020), par. VII.5: de terugwerkende kracht is beperkt en geldt niet ten aanzien van schulden uit rechtshandelingen die voor toepassing van de jaarrekeningvrijstelling zijn aangegaan. Zie meer recent ook: E.C.A. Nass, *Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid* (diss. RUG), Wolters Kluwer 2019, p. 203. Bedacht moet worden dat de Hoge Raad zich hier nog altijd niet over uitgelaten heeft.
15. De 403-verklaring treedt in werking op een door de moedermaatschappij zelf gekozen tijdstip of, bij gebreke daarvan, op het moment van depot van de verklaring bij het handelsregister. Zie *TvJ* 2015, nr. 2, p. 39.
16. Zie *TvJ* 2015, nr. 2, p. 40. Zie in dit verband ook Hof Den Haag 25 juni 2020, *ECLI:NLGHDDHA:2019:3312*, *JOR* 2020/56, m.nt. Van Dooren, waarin onder meer werd overwogen dat, niet alleen het feit dat uit de bewoordingen van de 403-verklaring blijkt dat de moedermaatschappij zich alleen hoofdelijk aansprakelijk wilde stellen voor schulden uit rechtshandelingen vanaf de datum van deponering van de verklaring, maar ook de omstan-

9. Rb. Midden-Nederland 5 november 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:5519*.
10. Rb. Midden-Nederland 14 januari 2015, *ECLI:NL:RBMNE:2015:51*.
11. OK 9 december 2015, *ECLI:NL:GHAMS:2015:5141*, *JOR* 2016/7, m.nt. Bartman (*Propertize c.s./Curatoren c.s.*), r.o. 3.16.
12. Zie r.o. 3.9 en r.o. 3.10. Zie ook de noot van J. van der Kraan bij deze OK-beschikking in *JIN* 2016/12, onder 4.

stelt aan een hoofdelijkheidsverklaring en daarmee aan een vrijstelling van de groepsmaatschappij van een belangrijk deel van haar jaarrekeningverplichtingen. De consequentie hiervan kan zijn dat, waar niet wordt voldaan aan deze jaarrekeningverplichtingen, sprake is van aansprakelijkheid van de bestuurders van de groepsmaatschappij voor het tekort in de faillissementsboedel in het geval deze faillieert. Bij faillissement van een NV of BV geldt namelijk op grond van artikel 2:138/248 BW dat iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in de failliete boedel indien het bestuur zijn taak in een periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De omstandigheid dat de NV of BV in deze periode haar jaarrekening niet of niet tijdig (conform artikel 2:394 BW) heeft gepubliceerd¹⁷, leidt dan tot een bewijslastomkering, in die zin dat er alsdan een onweerlegbaar vermoeden bestaat dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en een weerlegbaar vermoeden dat deze schending een belangrijke oorzaak is van het faillissement.¹⁸ Waar de moedermaatschappij ervoor kiest om haar aansprakelijkheid in de tijd te begrenzen, dienen de bestuurders van de mogelijk alsdan ten onrechte vrijgestelde groepsmaatschappij zich dan ook goed te realiseren dat dit verregaande consequenties voor hen kan hebben.

Een voorbeeld hiervan geeft het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 29 augustus 2017 (ECLI:NL:

digheid dat de groepsmaatschappij met betrekking tot eerdere boekjaren gebruik heeft gemaakt van de jaarrekeningvrijstelling, niet betekent dat de moedermaatschappij ook heeft beoogd aansprakelijkheid te aanvaarden voor schulden uit rechtshandelingen die voor de deponering van de 403-verklaring zijn verricht. Dat daarmee niet is voldaan aan het vereiste van artikel 2:403 lid 1 sub f. BW als voorwaarde voor vrijstelling van de publicatieplicht blijft onbesproken. Zie ook *Hof Amsterdam 22 oktober 2019*, ECLI:NL:GHAMS:2019:3836, waarin het hof aan de hand van de bewoordingen van de 403-verklaring, los van de hierin opgenomen temporele beperking, oordeelt dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uitsluitend geldt voor schulden uit rechtshandelingen die na de hierin genoemde datum (1 januari 1998) zijn verricht.

17. En/of niet heeft voldaan aan haar administratieplicht ex artikel 2:10 BW, in die zin dat zij niet een zodanige administratie heeft gevoerd dat daaruit te allen tijde haar rechten en plichten kunnen worden gekend.
18. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen, aldus lid 2 slotzin van artikel 2:138/248 BW. Daarbij kan worden gedacht aan een geringe overschrijding van de publicatietermijn met slechts enkele dagen door bijvoorbeeld ziekte van de boekhouder of een langdurige computerstoring. Op grond van de onlangs aangenomen Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, welke per 1 juli 2021 in werking zal treden, gaat het bepaalde in artikel 2:238/248 BW ook gelden voor de formele vereniging en de stichting die aan de heffing van de vennootschapsbelasting zijn onderworpen of waarvoor een wettelijke verplichting bestaat om een financiële verantwoording op te stellen die gelijk(waardig) is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 2:9 BW, alsook voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.

GHSHE:2017:3804, JOR 2017/318, m.nt. Van Zoest). Waar het hof aangeeft (vooralsnog) voorbij te gaan aan de (beantwoording van de) vraag of het gebruik in de 403-verklaring van de woorden "met ingang van heden aangegane rechtshandelingen" een dusdanige temporele beperking inhoudt dat de verklaring als geheel niet kan worden aangemerkt als een 403-verklaring¹⁹, overweegt het vervolgens wel dat een redelijke uitleg van artikel 2:403 lid 1 aanhef en sub f. BW (die aansluit bij het doel van de publicatieplicht ex artikel 2:394 BW) meebrengt dat het voor het verkrijgen van de vrijstelling in enig jaar ten minste noodzakelijk is dat de 403-verklaring betrekking heeft op schulden, aangegaan of anderszins ontstaan in dat gehele jaar.²⁰ Gelet op het feit dat in dit geval de 403-verklaring op 7 mei 2009 werd ingetrokken en er vervolgens op 1 september 2009 een nieuwe 403-verklaring werd gedeponeerd met de hiervoor genoemde temporele beperking (een aansprakelijkheid voor schulden uit "met ingang van heden aangegane rechtshandelingen"), oordeelde het hof dat de groepsmaatschappij voor 2009 niet vrijgesteld is geweest van haar jaarrekeningverplichtingen. Nu vaststaat dat de jaarrekening voor 2009 ten onrechte niet is gepubliceerd, hebben de bestuurders – aldus het hof – hun taak onbehoorlijk vervuld. Daarbij gaat het niet om een onbelangrijk verzuim, nu ongeveer een derde deel van het boekjaar niet werd gedekt door enige 403-verklaring.²¹

4. Beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid en het recht van verzet van schuldeisers

a. Artikel 2:404 BW

De moedermaatschappij die haar aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring wenst te beëindigen, kan dit doen door middel van een bij het handelsregister te deponeren intrekkingverklaring en de publicatie hiervan door de Kamer van Koophandel. Daarmee komt een einde aan de aansprakelijkheid voor schulden uit rechtshandelingen van de vrijgestelde groepsmaatschappij (voor wie de 403-verklaring is afgegeven) die na deze publicatie zijn aangegaan. Voor schulden uit rechtshandelingen die voor de publicatie van het depot van de intrekkingverklaring door deze groepsmaatschappij zijn aangegaan, blijft de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij echter (behoudens verjaring) voortduren. Waar het gaat om duurovereenkomsten, zoals arbeidsovereenkomsten, (bruik)leenovereenkomsten of huurovereenkomsten, geldt deze zogenoemde overblijvende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ook voor na de intrekking van

19. Zie r.o. 3.5.6.

20. Zie r.o. 3.5.8.

21. Zie r.o. 3.7.1.

grondslag.³⁰ De OK beantwoordt de eerste vraag bevestigend. Ik verwijs naar de hiervoor in par. 2 aangehaalde overwegingen van de OK. Voldoende is, aldus de OK, dat de grondslag van de vorderingen naar haar voorlopig oordeel onder de (materiële) reikwijdte van de 403-verklaring vallen. Voor zover de curatoren zich beroepen op schending van contractuele verplichtingen, waaronder de contractuele (bancaire) zorgplicht, valt hun vordering onder het bereik van de 403-verklaring.³¹ Waar CRI zich baseert op een door Propertize verleende garantstelling, doet het voorwaardelijke karakter hiervan er niet aan af dat de vorderingen van CRI onder de 403-verklaring vallen, aldus de OK.³² Wat betreft de tweede vraag, of de vorderingen ook 'hard' genoeg zijn, overweegt de OK, met betrekking tot de vorderingen van de curatoren, dat het voldoende is dat er ten minste een reële, zij het mogelijk geringe, kans is dat deze vorderingen in rechte zullen worden toegewezen. Gelet op de aard van deze procedure en het ontbreken van een wettelijk criterium, volstaat hierbij een oppervlakkige toets die minder ver gaat dan die waarbij de vorderingen summierlijk aanneemelijk gemaakt moeten worden, aldus de OK.³³ Die oppervlakkige toets komt erop neer dat op grond van de door de curatoren ingenomen stellingen kan worden beoordeeld dat er een reële kans op toewijzing bestaat.³⁴ De OK acht de kans dat de vorderingen van de curatoren (ten minste deels) worden toegewezen op voorhand niet zeer klein en daarmee reëel.³⁵ Wat betreft de vordering van CRI is de OK 'korter door de bocht'. Dat deze vordering "hard" (zij het voorwaardelijk) is staat niet ter discussie, nu deze expliciet contractueel geregeld is".³⁶

Indien is vastgesteld dat een niet zeer kleine, althans reële kans bestaat dat de schuldeisers vorderingen hebben die onder het bereik van de 403-verklaring vallen, moet vervolgens worden beoordeeld of (na het 'wegvallen' van die 403-verklaring) de vermogenstoestand van de groepsmaatschappij voldoende waarborgen biedt dat deze vorderingen zullen worden voldaan. Om dat te kunnen beoordelen, moet de omvang van deze vorderingen, en daarmee het bedrag waarvoor de waarborg moet worden gegeven, worden vastgesteld. Het algemene uitgangspunt moet daarbij zijn, aldus de OK, dat de schuldeiser met de mogelijke beëindiging van de hoofdelijke aansprakelijkheid niet in een ongunstiger positie mag komen te verkeren dan die waarin hij verkeerde uit hoofde van de 403-verklaring. Om aan die

positie geen afbreuk te doen, moet het bedrag waarvoor de waarborg moet worden gegeven in beginsel op het maximaal gevorderde bedrag aan schadevergoeding worden gesteld. Een uitzondering hierop zou slechts aan de orde zijn, indien het gevorderde bedrag evident onrealistisch hoog zou zijn, maar volgens de OK is dat hier niet het geval. De OK concludeert uiteindelijk dat de onzekerheden met betrekking tot de vermogenspositie van Propertize dusdanig groot zijn dat er voor de vorderingen van de curatoren en CRI onvoldoende waarborg bestaat.

d. Hoge Raad inzake SNS

Waar de OK de beschikkingen van de rechtbank bekrachtigt, hebben SNS Bank en SNS Reaal vervolgens cassatie ingesteld.³⁷ In cassatie wordt onder meer geklaagd dat de OK heeft miskend dat voor het slagen van een verzet van een schuldeiser, en voor het bepalen van de omvang van zijn vordering, ten minste is vereist dat deze vordering en de omvang daarvan summierlijk aanneemelijk zijn. De Hoge Raad wijst deze klacht af. Hij overweegt dat het onredelijk zou zijn dat een schuldeiser die een betwiste vordering heeft een aanspraak op zekerheidsstelling wordt onthouden, tenzij de rechter die over het verzet oordeelt de betwiste vordering bij voorbaat niet erkent.³⁸ Een derde die een overeenkomst sluit met een vrijgestelde groepsmaatschappij, doet dit in de regel mede in vertrouwen op deze hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij en het voortduren daarvan. Volgens de Hoge Raad verdient dit vertrouwen ook bescherming bij beëindiging van de (mogelijk) overblijvende aansprakelijkheid.³⁹ Een moedermaatschappij die deze aansprakelijkheid wil beëindigen, behoort dat niet te kunnen doen ten koste van de zekerheid van de schuldeiser voor de voldoening van een vordering waarvoor nog (mogelijke) aansprakelijkheid loopt.⁴⁰ De rechter dient, in een geval waarin het bestaan en de omvang van de vordering zijn betwist, het verzet gegrond te verklaren, tenzij en voor zover hij de vordering onmiskenbaar ongegrond acht. Aan zijn daarop betrekking hebbende oordeel zijn slechts beperkte motiveringseisen te stellen, aldus nog steeds de Hoge Raad.⁴¹ Wel dient de rechter de stellingen van partijen in zijn oordeel te betrekken.⁴² De Hoge Raad overweegt voorts dat de OK terecht tot uitgangspunt

30. OK 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141, JOR 2016/7, m.nt. Bartman (*Propertize c.s./Curatoren c.s.*), r.o. 3.6.

31. Zie r.o. 3.10.

32. Zie r.o. 3.16.

33. Zoals bepleit door Propertize en SNS Bank. Zie r.o. 3.7.

34. Zie r.o. 3.8. Vergelijk ook Rb.Rotterdam 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, JOR 2015/295, m.nt. Bartman (*Iemants/Hertel*), r.o. 4.7, waarin werd geoordeeld dat voor de gegronde verklaring van het verzet noodzakelijk maar ook voldoende is dat het bestaan van de vorderingen in voldoende mate aanneemelijk is.

35. Zie r.o. 3.11.

36. Zie r.o. 3.17.

37. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, NJ 2018/26, m.nt. Van Schilfgaarde (*SNS c.s./Curatoren c.s.*).

38. Zie r.o. 5.1.4. De Hoge Raad verwijst daarbij naar de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 2:404 BW waaruit onder meer blijkt dat de hierin opgenomen regeling van verzet mede is ontleend aan de regeling van verzet tegen kapitaalvermindering (artikel 2:100 BW) (*Kamerstukken II* 1983/84, 16 551, p. 15 en 16).

39. Zulks volgt, aldus de Hoge Raad, uit de regeling van artikel 2:404 BW en de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 2:404 BW en artikel 2:100 BW. Zie r.o. 5.1.5.

40. Zie r.o. 5.1.5.

41. Waarbij de Hoge Raad ook in aanmerking neemt dat in de verzetprocedure niet over de toewijsbaarheid van de vordering van de schuldeiser wordt beslist. Zie r.o. 5.1.6.

42. R.o. 5.2.2.

de 403-verklaring nieuwe, openvallende (periodieke) verplichtingen uit deze overeenkomsten.²²

Om ook een einde te maken aan deze overblijvende aansprakelijkheid zal moeten worden voldaan aan alle vier voorwaarden die hieraan worden gesteld in artikel 2:404 lid 3 BW. Een essentiële voorwaarde is dat de groepsmaatschappij 'buiten' de groep van de groepsmaatschappij moet zijn gebracht.²³ Voor zover bij een verkoop en overdracht van de aandelen in het kapitaal van de groepsmaatschappij in de praktijk nog wel eens wordt vergeten om de 403-verklaring in te trekken, geldt dat de moedermaatschappij zich toch van haar overblijvende aansprakelijkheid kan bevrijden, indien zij aantoont dat er een nauwe, bijzondere relatie met de schuldeiser bestaat die meebrengt dat deze wist of kon weten dat de groepsband is verbroken en zij de 403-verklaring per abuis niet heeft ingetrokken.²⁴

Een andere belangrijke voorwaarde is dat er door schuldeisers van de groepsmaatschappij hetzij niet tijdig verzet is aangetekend tegen het voornemen om deze overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen²⁵, hetzij wel tijdig verzet is gedaan, maar dit verzet is ingetrokken of onherroepelijk ongegrond is verklaard.²⁶ Een schuldeiser kan – ter vervanging voor het verlies van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij – op straffe

van gegrondverklaring van zijn verzet verlangen dat hem zekerheid of een andere waarborg wordt gegeven voor de voldoening van zijn vorderingen waarvoor nog aansprakelijkheid loopt, tenzij hij na de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, gelet op de vermogens-toestand van de groepsmaatschappij of uit anderen hoofde, voldoende waarborgen heeft dat deze vorderingen zullen worden voldaan (artikel 2:404 lid 4 BW).

b. Rechtbank Midden-Nederland inzake SNS

De vraag of een schuldeiser dit recht van verzet ook heeft in het geval dat het bestaan en de omvang van zijn vordering worden betwist, en dus nog niet vaststaan, stond centraal in het vervolg op de hiervoor in par. 2 genoemde procedure tussen de Curatoren c.s./SNS Bank c.s. Nadat SNS Bank en Propertize bij tussenbeschikking van de rechtbank van 7 mei 2014²⁷ in de gelegenheid waren gesteld om bewijs over te leggen waaruit blijkt dat de vermogens-toestand van Propertize voldoende waarborg biedt voor de voldoening van de vorderingen van zowel de curatoren als CRI, oordeelde de rechtbank in haar tussenbeschikking van 5 november 2014²⁸ dat er uit de overgelegde geconsolideerde jaarrekening van Propertize teveel onzekerheden blijken om aan te kunnen nemen dat Propertize in staat zal zijn de vorderingen van de curatoren en CRI te voldoen. Waar SNS Bank en SNS Reaal vervolgens geen gebruik maakten van de aan hen door de rechtbank – conform artikel 2:404 lid 6 BW – geboden gelegenheid om een voorstel te doen voor een waarborg, die ten minste een gelijke zekerheid moet geven als de door hen gegeven 403-verklaringen, "waarin geen limitering ten aanzien van de hoogte van de aansprakelijkheidstelling is opgenomen", verklaarde de rechtbank in haar eindbeschikking van 14 januari 2015 het verzet van de curatoren en CRI gegrond.²⁹ Het gevolg hiervan is dat de overblijvende aansprakelijkheid van SNS Bank jegens de gefailleerde vennootschappen en CRI, en van SNS Reaal jegens CRI, niet eindigde.

c. Ondernemingskamer inzake SNS

In het vervolgens door Propertize, SNS Bank en SNS Reaal ingestelde hoger beroep ziet de OK zich bij de beoordeling van de grieven voor de volgende twee te beantwoorden vragen gesteld: (1) vallen de vorderingen van de curatoren en CRI, gelet op de gestelde grondslag daarvan, onder het bereik van de 403-verklaring, en (2) zijn deze vorderingen voldoende 'hard', dat wil zeggen: zijn er voldoende feiten en omstandigheden ter ondersteuning van de gestelde

22. Kamerstukken II 1983/84, 16 551, nr. 11, p. 15. Zie over de reikwijdte van deze overblijvende aansprakelijkheid voor verplichtingen uit duurovereenkomsten, in het bijzonder ook de vraag of deze aansprakelijkheid zich ook uitstrekt tot verplichtingen die na intrekking van de 403-verklaring opeisbaar worden en voortvloeien uit overeenkomsten die zijn aangegaan voor deponering van de 403-verklaring, onder meer: J.P.H. Zwemmer, De 403-verklaring en de aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten (en andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen, *Ondernemingsrecht* 2011/45; S.C.J. Koning, 'De aansprakelijkheid uit artikel 403 BW 2', in: *Liber Amicorum NBW* (De Die-bundel), 91991, p. 30; H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 1995 (IvO deel 25), p. 146 e.v.; B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 2), Deventer: Kluwer 2013, p. 2689; E.D.G. Kiersch, aantekening bij artikel 2:404 BW, in *Tekst & Commentaar*, 2020.

23. Zie mijn bijdrage in *TvJ* 2015, nr. 2, par. 5.2. 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 artikel 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.

24. Overigens leert de jurisprudentie ons dat rechters over het algemeen terughoudend zijn in het honoreren van een dergelijk verweer. Zie mijn bijdrage in *TvJ* 2015, nr. 2, par. 5.4.

25. Verzet is mogelijk tot twee maanden na aankondiging van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in een landelijk verspreid dagblad. Zie artikel 2:404 lid 5 BW.

26. Artikel 2:404 lid 3 sub d. BW.

27. Rb. Midden-Nederland 7 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1642, JOR 2014/260, m.nt. Harmsen (*Curatoren c.s./SNS Bank c.s.*).

28. Rb. Midden-Nederland 5 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5519.

29. Rb. Midden-Nederland 14 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:51.

heeft genomen dat de schuldeiser met de beëindiging van de (mogelijk) overblijvende aansprakelijkheid niet in een ongunstiger positie mag komen te verkeren dan die waarin hij verkeerde uit hoofde van de 403-verklaring. Daarbij moet volgens de Hoge Raad het oordeel van de OK – (i) dat een vordering voor gegrondverklaring van het verzet in aanmerking komt als er een reële kans op toewijzing is en (ii) dat de omvang van de vordering op grond van een oppervlakkige toets in beginsel gesteld moet worden op het maximaal gevorderde bedrag aan schadevergoeding – zo worden begrepen dat het bestaan van de betwiste vorderingen van de curatoren en de voorwaardelijke vordering van CRI en de omvang van die vorderingen "niet onmiskenbaar ongegrond zijn te achten".⁴³

e. Nawoord

Tegen de achtergrond van de, ook door de Hoge Raad gememoreerde, totstandkomingsgeschiedenis van artikel 2:404 BW – waaruit blijkt dat deze regeling het evenwicht beoogt te bewaren tussen enerzijds het belang van de schuldeiser die op de 403-verklaring is afgegaan en anderzijds het belang van de moedermaatschappij die de verklaring heeft afgelegd en die na verbreking van de groepsband zijn aansprakelijkheid hieruit wil beëindigen⁴⁴ – laat hij hier de balans doorslaan naar het belang van schuldeiserbescherming. Het door de Hoge Raad gehanteerde criterium, dat het bestaan en de omvang van een betwiste vordering in beginsel moet worden aangenomen en moet leiden tot gegrondverklaring van het verzet, tenzij de vordering onmiskenbaar ongegrond moet worden geacht, laat een rechter weinig ruimte om af te wijken. Een rechter zal zeer terughoudend moeten zijn bij het ongegrond verklaren van een verzet en lijkt enkel nog in gevallen van misbruik en evident blijkende onzinclaims tot ongegrondheid van het verzet te kunnen oordelen.⁴⁵

Hier zit dan ook de kern van de kritiek van Bartman en Van der Kraan bij zowel de beschikking van de OK als die van de Hoge Raad. Kort gezegd, zijn zij van mening dat het de moedermaatschappij te moeilijk wordt gemaakt om haar overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. De toetsing slaat te ver door richting bescherming van de schuldeiser. Zij stellen zich op het standpunt dat de moedermaatschappij haar overblijvende aansprakelijkheid moet kunnen beëindigen als de vrijstelling van de jaarrekeningverplichtingen niet langer wordt toegepast en de groepsmaatschappij de groep van de moedermaatschappij heeft verlaten. Een ander standpunt zou ertoe kunnen leiden dat een schuldeiser misbruik maakt van het recht van verzet door chicaneuse

claims in te stellen waardoor de moedermaatschappij tot in lengte van jaren aansprakelijk zou blijven voor (mogelijke) schulden uit rechtshandelingen van een voormalige groepsmaatschappij waarmee geen band meer bestaat.⁴⁶

Alhoewel deze kritiek in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 2:404 BW en vanuit het belang van de moedermaatschappij gezien begrijpelijk is, ben ik – met andere schrijvers – van mening dat de 'lichte' bewijslast die voor de gegrondverklaring van het recht van verzet wordt verlangd (tenzij en voor zover de vordering onmiskenbaar ongegrond is) recht doet aan het vertrouwen dat een schuldeiser ontleent aan de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uit hoofde van de 403-verklaring, welk vertrouwen ook bescherming verdient bij beëindiging van de (mogelijk) overblijvende aansprakelijkheid.⁴⁷ Ook wordt daarmee recht gedaan aan het feit dat de schuldeiser niet om de vrijstelling van de jaarrekeningverplichtingen heeft gevraagd en ook niet of nauwelijks invloed heeft op een wijziging van dit groepsregime.⁴⁸ Daarbij moet m.i. ook in aanmerking worden genomen dat

- de moedermaatschappij iets van de schuldeiser wil (namelijk verlost worden van haar overblijvende aansprakelijkheid), terwijl de schuldeiser enkel wil vasthouden aan de status quo;⁴⁹
- de intrekking eenzijdig plaatsvindt op initiatief van de moedermaatschappij en leidt tot een blijvende en onherroepelijke beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid;⁵⁰
- de gegrondverklaring van het verzet een relatieve werking heeft, in die zin dat de overblijvende aansprakelijkheid alleen blijft voortbestaan tegenover de schuldeisers van wie het verzet gegrond is verklaard;
- in de verzet-procedure niet over de toewijsbaarheid van de vordering wordt beslist;⁵¹ maar
- de verzet-procedure wel een procedure op tegenpraak is, waarbij van een schuldeiser mag worden verwacht dat deze zijn vordering zodanig onderbouwd dat deze niet onmiskenbaar ongegrond is⁵² en de moedermaatschappij de gelegenheid heeft aan te tonen dat de vordering en daarmee het verzet onmiskenbaar ongegrond is.

43. Zie r.o. 5.1.7.

44. Zie r.o. 5.1.4.

45. Zie de noot van R.G.J. de Haan bij deze beschikking van de Hoge Raad in *JOR* 2017/221, onder 6. Zie ook C.E.J.M. Hanegraaf, 'SNS, een drama in drie bedrijven: Tweede bedrijf: de 403-verklaring en de (voorgenomen) beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ex artikel 2:404 BW', *Bedrijfsjuridische berichten* 2019/43.

46. Zie de noot van S.M. Bartman bij OK 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141, *JOR* 2016/7; de noot van J. van der Kraan bij deze OK-beschikking in *JIN* 2016/12 en S.M. Bartman & J. van der Kraan, 'Beëindiging overblijvende aansprakelijkheid conform artikel 2:404 BW? Anders de Hoge Raad', *Ars Aequi* 2017, 11, p. 921 e.v.

47. Zie r.o. 5.1.5 in de beschikking van de Hoge Raad.

48. Zie de noot van P. van Schilfgaarde, onder 7., bij de beschikking van de Hoge Raad in *NJ* 2018/26.

49. Conclusie A-G Timmerman, randnummer 4.25.

50. E.A. van Dooren, *Ondernemingsrecht* 2017/91, p. 514.

51. Zie r.o. 5.1.6 in de beschikking van de Hoge Raad.

52. E.A. van Dooren, *Ondernemingsrecht* 2017/91, p. 514.

5. Slot

Uit het voorgaande volgt dat inmiddels 'tot aan de Hoge Raad' duidelijk is geworden dat ook betwiste en voorwaardelijke vorderingen op de vrijgestelde groepsmaatschappij onder de (materiële) reikwijdte van een door de moedermaatschappij gedeponeerde 403-verklaring vallen. Zoals ook duidelijk is geworden dat een 403-verklaring zich uitstrekt tot schulden die samenhangen met de rechtsgevolgen van een rechtshandeling van de groepsmaatschappij (bijvoorbeeld de schending van een op haar op grond van redelijkheid en billijkheid rustende zorgplicht). Het meest in het oog springend, is echter de maatstaf die de Hoge Raad heeft geïntroduceerd voor de beoordeling van de gegrondheid van het recht van verzet van een schuldeiser die wordt geconfronteerd met de intrekking van de overblijvende aansprakelijkheid door de moedermaatschappij: waar het bestaan en de omvang van zijn vordering worden betwist, geldt dat het verzet toch gegrond moet worden geacht, tenzij en voor zover de vordering onmiskenbaar ongegrond is. Een maatstaf die vergaand tegemoetkomt aan de (belangen van de) schuldeiser en de rechter zal dwingen tot terughoudendheid bij het ongegrond verklaren van een verzet. Nu is het nog wachten op een uitspraak van de Hoge Raad over de aan de temporele reikwijdte van de 403-verklaring te stellen grenzen.