

## DISCUSSIE

# De dwingende volgorde bij de beëindiging van de 403-aansprakelijkheid

## Een reactie

*M.C. Schepel*

Van Zoest geeft in zijn artikel ‘(Beëindiging van) 403-aansprakelijkheid’ een nuttig overzicht van de stand van zaken anno 2016. Hieronder zal ik ingaan op één punt uit zijn artikel.<sup>1</sup>

Aan het slot van deze reactie maak ik nog een opmerking over de formulering van art. 2:404 lid 3 sub b van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Van Zoest bespreekt de vraag of de vier vereisten voor beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid in art. 2:404 lid 3 BW een dwingende volgorde hebben. Hij schaaft zich aan de zijde van de schrijvers die menen dat dit niet het geval is. Ik denk dat de argumenten van Van Zoest niet doorslaggevend zijn. Met Beckman ben ik van mening dat deze volgorde wel degelijk dwingend is.<sup>2</sup> Ik licht dat toe.

Art. 2:404 lid 3 BW luidt:

‘De overblijvende aansprakelijkheid wordt ten opzichte van de schuldeiser beëindigd, indien de volgende voorwaarden zijn vervuld:

- a. de rechtspersoon behoort niet meer tot de groep;
- b. een mededeling van het voornemen tot beëindiging heeft ten minste twee maanden lang ter inzage gelegen ten kantore van het handelsregister;
- c. ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt;
- d. tegen het voornemen heeft de schuldeiser niet tijdig verzet gedaan of zijn verzet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond verklaard.’

Het gaat om de vraag of de rechtspersoon eerst de groep moet hebben verlaten vóórdat de mededeling van het voornemen tot beëindiging kan worden gedeponeerd.

- 1 M.R.C. van Zoest, (Beëindiging van) 403-aansprakelijkheid. De stand van zaken anno 2016, O&F (24) 2016, afl. 1, p. 55-71.
- 2 H. Beckman in Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\* 2015/585 en H. Beckman, in: Sdu Commentaar Ondernemingsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, art. 2:404 BW, C.2. Ook E.D.G. Kiersch, in: T&C Ondernemingsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015, art. 2:404 BW, aant. 3, lijkt die mening toegedaan.

De door Van Zoest genoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 29 september 2015 illustreert het belang van de discussie.<sup>3</sup>

Op 10 april 2015 heeft Hertel Beheer bij de Kamer van Koophandel de verklaring gedeponereerd dat zij voornemens is de overblijvende aansprakelijkheid met betrekking tot CKT Marine Services te beëindigen. Hertel Beheer verklaart dat die overblijvende aansprakelijkheid per het vroegste daarvoor overeenkomstig art. 2:404 BW toegelaten tijdstip wordt beëindigd.

Op 13 april 2015 heeft Hertel Beheer een advertentie in het dagblad Trouw geplaatst met daarin de mededeling over de deponering van het voornemen.

Op 12 juni 2015 heeft CKT Marine Services de groep van Hertel Beheer verlaten. Hertel Beheer heeft eerst de verklaring gedeponereerd dat zij voornemens is de overblijvende aansprakelijkheid met betrekking tot CKT Marine Services te beëindigen (en heeft daarvan mededeling gedaan in een landelijk verspreid dagblad) en twee maanden daarna heeft CKT Marine Services de groep verlaten.

Schuldeiser Iemants heeft op 9 juni 2015, en daarmee binnen twee maanden na de publicatie in Trouw, verzet aangetekend tegen het voornemen de overblijvende aansprakelijkheid met betrekking tot CKT Marine Services te beëindigen.

Is er een dwingende volgorde, dan komt aan de door Hertel Beheer gedeponereerde verklaring geen werking toe. Is er geen dwingende volgorde, dan kan (zoals Hertel Beheer dat heeft gedaan) de mededeling worden gedeponereerd vóórdat CKT Marine Services de groep verlaat.

Bartman<sup>4</sup> legt de voorwaarde onder a in art. 2:404 lid 3 BW ('de rechtspersoon behoort niet meer tot de groep') aldus uit, dat het erom gaat dat de dochter de groep heeft verlaten, dan wel op korte termijn gaat verlaten. Volgens deze uitleg kan de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam (op dit punt) voor Bartman door de beugel. Op het moment van publicatie van het voornemen (13 april 2015) had CKT Marine Services de groep van Hertel Beheer nog niet verlaten, maar dat is op korte termijn daarna (op 12 juni 2015) wel gebeurd.

De toevoeging 'dan wel op korte termijn gaat verlaten' valt in de wettekst niet te lezen. Bartman maakt ook niet duidelijk wat in dit verband een korte termijn is. Binnen twee maanden is kennelijk nog aanvaardbaar, maar is een halfjaar ook nog goed? Ook Van Zoest wijst op die onduidelijkheid en noemt de eis van een korte termijn moeilijk werkbaar.

Van Zoest vindt de eis van een korte termijn onnodig. Volgens Van Zoest is het voor een schuldeiser van belang dat hij kennis kan nemen van het voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Binnen twee maanden na de publicatie kan de schuldeiser dan beslissen of hij in verzet wil komen. Daarvoor doet volgens Van Zoest niet ter zake of het groepsverband op dat moment al verbroken is.

Van Zoest gaat daarmee verder dan Bartman. Bartman wil voor het aantekenen van verzet de voorwaarde dat de rechtspersoon niet meer tot de groep behoort

3 Rb. Rotterdam 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, JOR 2015/295 m.nt. Bartman (Iemants c.s./Hertel Beheer c.s.).

4 Rb. Rotterdam 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, JOR 2015/295 m.nt. Bartman (Iemants c.s./Hertel Beheer c.s.).

handhaven, maar legt het moment van vertrek ruim uit. Van Zoest meent dat het moment van vertrek uit de groep voor het aantekenen van verzet niet ter zake doet.

Een schuldeiser heeft geen belang bij het aantekenen van verzet zolang de rechtspersoon nog tot de groep behoort van de vennootschap die de verklaring ex art. 2:403 BW heeft afgegeven. Zolang die rechtspersoon nog tot de groep behoort, kan de overblijvende aansprakelijkheid niet worden beëindigd. Beckman schrijft daarover dat als toch in verzet wordt gegaan, terwijl aan één of meer van de onder a, b of c genoemde voorwaarden niet is voldaan, de verzetsrechter het verzet ongegrond moet verklaren<sup>5</sup> – of, zo voeg ik daaraan toe, de schuldeiser niet-ontvankelijk moet verklaren.<sup>6</sup>

Het verzet van een schuldeiser zal niet gegrond worden verklaard als de vermogenstoestand van de dochter voldoende waarborgen biedt voor het voldoen van de vorderingen van die schuldeiser. De vermogenstoestand van de dochter kan wijzigen. Het moment waarop de vermogenstoestand wordt getoetst, zal liggen bij het verlaten van de groep. Anders dan Van Zoest meent, is het moment van vertrek uit de groep relevant, omdat dit mede het moment bepaalt waarop de overblijvende aansprakelijkheid wordt beëindigd. De rechtbank moet kunnen bepalen of de vermogenstoestand van de rechtspersoon, op dát moment, voldoende waarborgen biedt voor het voldoen van de vorderingen van de schuldeiser.

Beide argumenten pleiten voor een dwingende volgorde van de vier vereisten voor beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid in art. 2:404 lid 3 BW.

Naar mijn mening had de Rechtbank Rotterdam in de zaak *Iemants c.s./Hertel Beheer c.s.* de vordering van *Iemants c.s.* moeten afwijzen op de grond dat aan de verklaring zoals door *Hertel Beheer* bij de Kamer van Koophandel gedeponereerd geen werking toekomt, omdat *CKT Marine Services* niet voorafgaande aan het deponeren van die verklaring de groep van *Hertel Beheer* had verlaten. Het gevolg van een dergelijke uitspraak is dat de aansprakelijkheid van *Hertel Beheer* voor de vordering van *Iemants c.s.* op *CKT Marine Services* blijft bestaan. Dat resultaat wijkt, voor *Iemants c.s.*, niet af van de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam. De rechtbank had het stellen van zekerheid bevolen en bij gebreke daarvan gegrondheid van het verzet.

Dan nog een opmerking over de redactie van art. 2:404 BW.

Het is de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan de formulering in lid 3 sub b, waar sprake is van een ‘voornemen tot beëindiging’. Die formulering geeft aan dat kennelijk vervolgens uitvoering aan dat voornemen gegeven zal moeten worden. Wellicht om die reden heeft *Hertel Beheer* in haar verklaring die zij bij de Kamer van Koophandel heeft gedeponereerd, verklaard dat de overblijvende aansprakelijkheid per het vroegste daarvoor overeenkomstig art. 2:404 BW

5 H. Beckman, in: Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\* 2015/585.

6 Zie W. Hugenholtz & W.H. Heemskerck, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2015, nr. 118.

toegelaten tijdstip wordt beëindigd.<sup>7</sup> Deze woorden verdragen zich niet goed met de aanhef van lid 3. Deze aanhef luidt dat de aansprakelijkheid wordt beëindigd als aan de voorwaarden onder a t/m d is voldaan. Naar de tekst van de aanhef is voor het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid (kennelijk) genoeg als er sprake is van een voornemen (naast het voldoen aan de andere voorwaarden). Of aan dat voornemen vervolgens uitvoering gegeven wordt, lijkt volgens de tekst niet meer relevant.

Onder meer Beckman wijst erop dat de verzetsprocedure van art. 2:404 BW lijkt op de procedure die is voorzien bij kapitaalvermindering van een nv.<sup>8</sup> Verschil is dat bij de procedure tot kapitaalvermindering de algemene vergadering een daartoe strekkend besluit neemt, waarbij in de wet is bepaald dat het besluit niet van kracht wordt zolang verzet kan worden gedaan. Dat is een duidelijkere procedure dan een voorgenomen besluit, waarbij niet helder is of daarna definitieve besluitvorming moet volgen.

Ook de vergelijking met art. 25 van de Wet op de ondernemingsraden dringt zich op. In de daar genoemde gevallen staat een rechtsgang open tegen een voorgenomen besluit. Vervolgens moet dat besluit nog wel definitief door de ondernemer worden genomen. In dat laatste voorziet art. 2:404 BW niet.

Het verdient daarom aanbeveling om in art. 2:404 BW de opzet van art. 2:100 BW te volgen en niet uit te gaan van een voorgenomen besluit, maar van een besluit tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, en daarbij te bepalen dat dat besluit niet van kracht wordt zolang verzet kan worden gedaan. Voor de duidelijkheid kan daaraan worden toegevoegd dat een besluit tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid eerst genomen kan worden nadat de rechtspersoon niet meer tot de groep behoort.

7 Rb. Rotterdam 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, JOR 2015/295 m.nt. Bartman (Iemants c.s./Hertel Beheer c.s.), r.o. 2.10.

8 Art. 2:100 BW.