

**DE TEMPORELE REIKWIJDTE VAN DE 403-AANSPRAKELIJKHEID:
substance over form?!**

Dit artikel is verschenen in de bundel 2008/2009 van de Vereniging Jaarrekeningenrecht in 2008, Boom Juridische Uitgevers (ISBN 9789089740298), p. 53-74

I Probleemstelling

Moeder B.V. en Dochter B.V. willen gebruik maken van de regeling van de jaarrekeningvrijstelling. Terwijl overigens aan alle andere voorwaarden van artikel 2:403 BW is voldaan, geldt het volgende.

- a. Moeder B.V. verklaart dat zij zich met ingang van 1 januari 2004 ex artikel 2:403 BW aansprakelijk stelt voor alle schulden uit rechtshandelingen van Dochter B.V.
- b. Moeder B.V. deponeert op 26 oktober 2007 bij het handelsregister een verklaring dat zij per die datum de aansprakelijkstelling ten behoeve van Dochter B.V. intrekt.
- c. Openbaarmaking van de jaarrekening 2007 van Dochter B.V. middels depot in het handelsregister vindt plaats op 24 september 2008. De laatste door Dochter B.V. zelfstandig opgemaakte en gedeponeerde jaarrekening betrof de jaarrekening 2003, die op 28 december 2004 middels depot in het handelsregister werd openbaar gemaakt.

De te beantwoorden vraag is voor welke schulden Moeder B.V. wel of niet aansprakelijk is. Dit is de vraag naar de *temporele* reikwijdte van de 403-verklaring.² Die temporele reikwijdte heeft betrekking op de “tijdsbalk” van de aansprakelijkheid. Deze zal hierna, met de daarbij behorende voorbeelden, worden weergegeven.

Daarna beschrijven we de huidige stand van zaken met betrekking tot wet(s)geschiedenis), rechtspraak en literatuur. In het laatste hoofdstuk zullen we vervolgens bezien of een en ander voldoet aan en in overeenstemming is met de basale oorspronkelijke (en nog steeds geldende) uitgangspunten van de regeling.

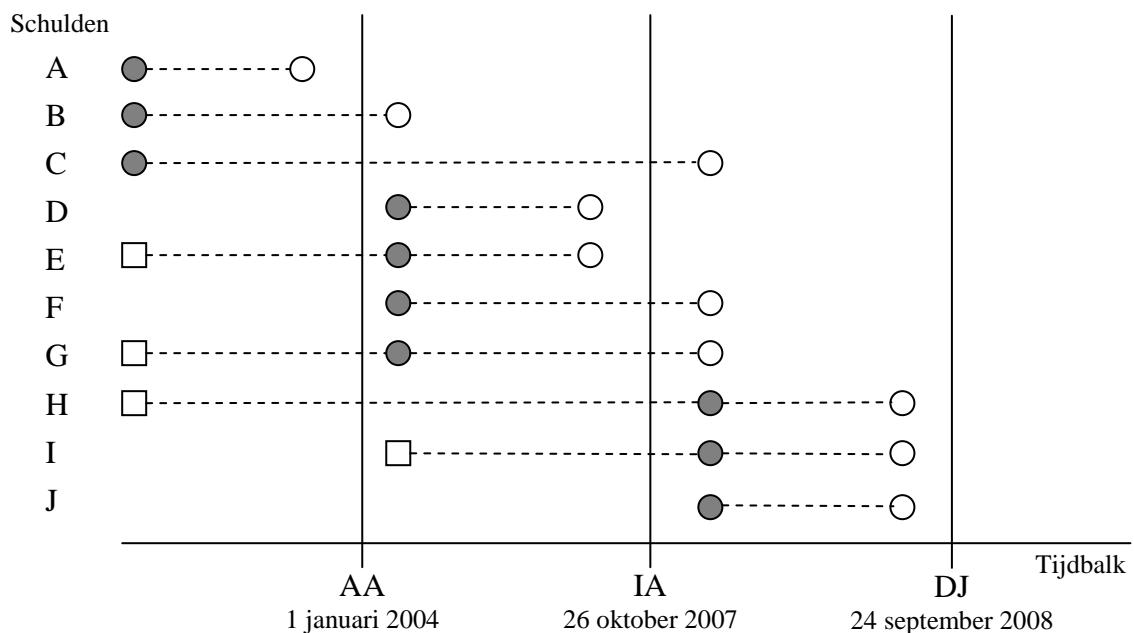
Schematisch ziet een en ander er uit zoals hieronder nader wordt aangegeven, waarbij het volgende geldt:³

AA	:	Aanvang van de aansprakelijkheid
IA	:	Intrekking van de aansprakelijkheid
DJ	:	Depot jaarrekening Dochter B.V.
□	:	Ontstaan van de rechtsverhouding
●	:	Ontstaan van de schuld
○	:	Ontstaan van opeisbaarheid van de schuld

¹ Advocaten bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam resp. Van Iersel Luchtman te Breda

² Te onderscheiden van de vraag naar de materiële reikwijdte: welke soort schulden vallen onder de aansprakelijkheid.

³ Er zijn meer variabelen mogelijk dan aangegeven. Zo is niet separaat aangegeven wanneer het ontstaan van de rechtsverhouding en de schuld in hetzelfde tijdvak plaats vinden, omdat dat voor de analyse van de onderscheidene mogelijkheden niet van belang is. Ook zijn geen variabelen gegeven voor de periode na 24 september 2008: zie daarvoor het laatste hoofdstuk.



Bij Dochter B.V., een fabrikant van fietsen, onderscheiden we de volgende soorten schulden.

- A. Schulden, ontstaan *voor* aanvang van de aansprakelijkheid ex artikel 2:403 BW en opeisbaar geworden *voor* aanvang van de aansprakelijkheid.

Dochter B.V. heeft op 15 november 2003 een koopovereenkomst gesloten met Alu B.V. met betrekking tot een partij aluminium. Het aankoopbedrag moest op 15 december 2003 betaald worden.

- B. Schulden, ontstaan *voor* aanvang van de aansprakelijkheid en opeisbaar geworden *na* aanvang van de aansprakelijkheid, maar *voor* intrekking van de aansprakelijkheid.

Dochter B.V. heeft bij dezelfde Alu B.V. op 15 december 2003 een partij aluminium gekocht, te betalen op 15 januari 2004.

- C. Schulden, ontstaan *voor* aanvang van de aansprakelijkheid en opeisbaar geworden *na* intrekking van de aansprakelijkheid.

Op 1 december 2003 sluit Dochter B.V. een financial leaseovereenkomst met Draaibank B.V. met betrekking tot een bepaalde machine. Afgesproken wordt dat er in 48 termijnen wordt betaald. De laatste termijnbetaling dient plaats te vinden op 1 november 2007.

- D. Schulden, ontstaan *na* aanvang van de aansprakelijkheid en opeisbaar geworden *voor* intrekking van de aansprakelijkheid.

Op 15 april 2004 heeft Dochter B.V. met Alu B.V. een koopovereenkomst gesloten, waarbij betaling van het aankoopbedrag dient plaats te vinden op 15 mei 2004.

- E. Schulden, ontstaan *na* aanvang van de aansprakelijkheid en opeisbaar geworden *voor* intrekking van de aansprakelijkheid, maar voortvloeiend uit een rechtsverhouding aangegaan *voor* aanvang van de aansprakelijkheid.

Dochter B.V. huurt sedert 1 januari 2000 een pand van JF Vastgoed. Op 10 maart 2005 is Dochter B.V. in verzuim met betrekking tot de huur over de maand maart 2005.

- F. Schulden, ontstaan *na* aanvang van de aansprakelijkheid en opeisbaar geworden *na* intrekking van de aansprakelijkheid.

Op 15 oktober 2007 sluit Dochter B.V. met Alu B.V. een overeenkomst tot levering, waarvan de schuld betaald moet worden op 15 november 2007.

- G. Schulden, ontstaan *na* aanvang van de aansprakelijkheid en opeisbaar geworden *na* intrekking van de aansprakelijkheid, maar voortvloeiend uit een rechtsverhouding aangegaan *voor* aanvang van de aansprakelijkheid.

Piet Ketting is sedert 1 januari 2002 bij Dochter B.V. in dienst. Dochter B.V. is op 31 oktober 2007 in verzuim met betrekking tot het betalen van loon over de maand oktober 2007.

- H. Schulden, ontstaan *na* intrekking van de aansprakelijkheid, uit een rechtsverhouding aangegaan *voor* aanvang van de aansprakelijkheid.

Dochter B.V. is op 31 december 2007 in verzuim met betrekking tot het betalen van loon aan Piet Ketting over de maand december 2007.

- I. Schulden, ontstaan *na* intrekking van de aansprakelijkheid, uit een rechtsverhouding aangegaan *na* aanvang van de aansprakelijkheid.

Op 31 december 2007 is Dochter B.V. evenzeer in verzuim met betrekking tot het betalen van loon aan Kees Stuurman, die sedert 1 januari 2005 in dienst is.

- J. Schulden, ontstaan uit een rechtsverhouding aangegaan *na* intrekking van de aansprakelijkheid.

Op 15 november 2007 sluit Dochter B.V. een overeenkomst met Alu B.V. met betrekking tot een partij aluminium, die op 15 december 2007 betaald moet worden.

II Wet(s)geschiedenis

De wet(s)geschiedenis speelt bij de uitleg van artikel 2:403 BW en dan voornamelijk bij de uitleg van de temporele reikwijdte van de aansprakelijkheid een belangrijke rol. Artikel 2:403 BW is in de loop van tijd op verschillende wijzen geredigeerd en op verschillende plaatsen in de wet ondergebracht. In deze paragraaf zullen wij in het kort de wet(s)geschiedenis uiteenzetten, evenwel beperkt tot de temporele reikwijdte⁴.

1. 1971-1976: Artikel 38a WJO

In 1971 is de concernvrijstelling voor het eerst in de wet opgenomen in artikel 38a Wet op de Jaarrekening van Ondernemingen (WJO). Artikel 38a WJO formuleert het vereiste van aansprakelijkstelling in lid 3 als volgt:

Is een onderneming verplicht tot nederlegging van haar jaarrekening ten kantore van het handelsregister, dan vindt het eerste lid slechts toepassing, indien een rechtspersoon overeenkomstig

⁴ Voor een uitgebreide behandeling van de wet(s)geschiedenis verwijzen wij naar H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor onafhankelijke groepsmaatschappijen*, Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, nr. 25, 1995, Hoofdstuk 5.

de volgende leden zich hoofdelijk voor de door de onderneming aangegane schulden [onderstreping van JF-MF] aansprakelijk heeft gesteld,

Hier zij opgemerkt dat in het wetsontwerp eerst was voorgesteld dat de aansprakelijkheidsverklaring betrekking zou hebben op “verbintenissen die de naamloze vennootschap *zal* aangaan”⁵. De Commissie Vennootschapsrecht had ook geadviseerd dat hoofdelijke aansprakelijkheid slechts zou moeten gelden voor verbintenissen die de vennootschap *na* het neerleggen van de verklaring omtrent de aansprakelijkheid aangaat⁶. Tevens vond de Commissie dat geen aansprakelijkheid zou moeten gelden voor reeds aanwezige schulden en schulden voortvloeiend uit *reeds bestaande rechtsverhoudingen*. Volgens de Commissie zijn de schuldeisers van deze vorderingen de overeenkomst aangegaan, toen de verklaring van aansprakelijkheid nog niet was gegeven. Daarom was de Commissie van mening dat er geen aanleiding is voor een bijzondere bescherming van hun belangen.

Ook de Minister van Justitie merkte in zijn Memorie van Antwoord⁷ op dat sprake is van een aansprakelijkstelling voor *toekomstige* verplichtingen van de dochter. Hierbij speelt volgens de Minister een rol dat crediteuren van wie de vordering dateert van vóór de aansprakelijkstelling, genoeg hebben genomen – voor zover zij geen garanties hebben bedongen – met de kredietwaardigheid van de vennootschap zelf. Er zou dan ook volgens de Minister ook geen reden zijn om extra zekerheid uit aansprakelijkstelling aan die crediteuren toe te kennen.

Ergo: ondanks de tekst van de wet (“aangegane schulden”) lijkt de bedoeling dat onder de reikwijdte van de aansprakelijkheid vallen: *toekomstige schulden uit toekomstige rechtsverhoudingen*. De schulden A, B, C, E, G en H zouden dan niet onder de aansprakelijkheid vallen.

Betreffende de *opheffing* van de hoofdelijke aansprakelijkheid bepaalde artikel 38a WJO:

De opheffing geldt niet voor schulden, voortvloeiende uit een rechtsverhouding tussen de onderneming en een schuldeiser, welke is aangegaan voordat de rechtspersoon jegens de schuldeiser een beroep op intrekking van zijn verklaring van mede-aansprakelijkheid kan doen.

In de Memorie van Toelichting⁸ merkte de Minister op dat het uitgangspunt met betrekking tot de laatste volzin van artikel 38a WJO is, dat

degenen die in goed vertrouwen op de mede-aansprakelijkheid een rechtsbetrekking met de dochtermaatschappij aangingen, niet voor de onaangename verrassing van het wegvallen van die mede-aansprakelijkheid mogen worden geplaagd. Dit brengt mede dat de mede-aansprakelijkheid slechts vervalt voor schulden uit nieuwe rechtsbetrekkingen.

Ergo: schulden D, F en I geven wel en schuld J geeft geen aansprakelijkheid

Voordat deze tekst tot stand kwam heeft de Commissie Vennootschapsrecht een voorstel gedaan waarin stond dat men slechts een beroep op de intrekking zou kunnen doen *nadat* weer aan de verplichting tot neerlegging van de jaarrekening der vennootschap is voldaan.⁹

⁵ Kamerstukken II (1969-1970), 10 689, nr. 2, p. 5. Artikel 42c lid 2 Wetboek van Koophandel zou dan gewijzigd worden met o.a. die tekst.

⁶ Kamerstukken II (1969-1970), 10 689, nr. 3, bijlage II, p. 31.

⁷ Kamerstukken II (1970-1971), 10 689, nr. 7, p. 7.

⁸ Kamerstukken II (1969-1970), 10 689, nr. 3, p. 15.

⁹ Kamerstukken II (1969-1970), 10 689, nr. 3, bijlage II, p. 30. Een vergelijkbare voorwaarde – nl. dat de aansprakelijkheid gekoppeld was aan de openbaarmaking van bepaalde jaarstukken – was overigens ook al opgenomen in het voorontwerp van wet. Het voorontwerp en de memorie van toelichting daarop zijn als bijlagen gehecht aan het advies van de Commissie Vennootschapsrecht (Kamerstukken II (1969-1970), 10 689, nr. 3, bijlage II).

De Commissie koppelde dus het voortduren van de aansprakelijkheid aan de openbaarmaking van de jaarrekening. In die visie zou ook de crediteur van schuld J door de moeder betaald moeten worden. In de wet¹⁰ is deze voorwaarde echter niet meer opgenomen. Niet duidelijk is waarom dat niet is geschied.¹¹

2. 1976-1984: Artikel 2:343 BW (oud)

In 1976 werden de bepalingen met betrekking tot N.V.'s en B.V.'s overgebracht naar boek 2 van het BW, waaronder die van de WJO. Artikel 38a WJO werd vervangen door artikel 2:343 BW. Dit artikel luidde met betrekking tot de aansprakelijkstelling (artikel 2:343 lid 3 sub b BW) als volgt:

.....een verklaring van hoofdelijke aansprakelijkstelling voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden [onderstreping van JF-MF] van de rechtspersoon overeenkomstig de volgende leden is afgelegd,

De zinsnede "aangegane schulden" uit artikel 38a WJO werd in artikel 2:343 BW (oud) vervangen door "uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden". Waarom deze tekstwijziging heeft plaatsgevonden valt niet uit de toelichting op te maken¹².

Artikel 2:343 BW (oud) bleef met betrekking tot de opheffing van de aansprakelijkheid ten opzichte van artikel 38a WJO ongewijzigd.

3. 1978-....: EEG-Richtlijnen

De Vierde EEG-richtlijn¹³ maakte eveneens vrijstellingen mogelijk voor het opmaken van volledige jaarrekeningen. Onder andere werd op aandringen van Nederland een voorziening opgenomen, overeenkomend met artikel 2:343 BW. Dit werd in artikel 57 Vierde EEG-Richtlijn als volgt geformuleerd:

..... de beheersende vennootschap heeft zich garant verklaard voor de door de afhankelijke vennootschap aangegane verplichtingen [onderstreping van JF-MF]

De terminologie "aangegane verplichtingen" komt overeen met de gebruikte in artikel 38a WJO, waarvan de tekst dus afweek van de bedoeling.

Naar aanleiding van deze richtlijn heeft in 1984 een wetwijziging plaatsgevonden in boek 2 van het BW, leidend tot artikel 2:403 BW. De Zevende EEG-Richtlijn¹⁴ heeft het bovenstaande artikel nadien gewijzigd. Echter, de terminologie met betrekking tot de garantverklaring is, ten opzichte van de Vierde richtlijn en dus van het oude artikel 2:343 BW, hetzelfde gebleven.

Beide EEG-Richtlijnen regelen niets met betrekking tot opheffing van de aansprakelijkheid.

4. 1984-....: Artikel 2:403 BW

¹⁰ Kamerstukken II (1969-1970), 10 689, nr. 2, p. 5.

¹¹ De Minister maakt wel hierover de volgende – vrij beperkte – opmerking in zijn Memorie van Antwoord: *Wordt de verklaring van aansprakelijkheid [...] ingetrokken, dan wordt de besloten dochtervennootschap tot publikatie van haar balans verplicht, [...].* vide Kamerstukken II (1970-1971), 10 689, nr. 7, p. 8.

¹² G.J. Gülcher, 'Reikwijdte van de aansprakelijkverklaring in het kader van de groepsvrijstellingsregeling', TVVS, 1989 nr. 89/7, p. 163.

¹³ Vierde Richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen.

¹⁴ Zevende Richtlijn 83/349/EEG van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g) van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening.

In 1984 is de tekst in artikel 2:403 BW als volgt vastgelegd:

..... de onder c bedoelde rechtspersoon of vennootschap schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden [onderstreping van JF-MF].

In artikel 2:403 lid 1 sub f BW is de formulering van artikel 57 Vierde EEG-Richtlijn niet overgenomen, maar is de tekst gebruikt van artikel 2:343 lid 3 BW. Ook in artikel 2:403 lid 1 sub f BW wordt dus gesproken van uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden¹⁵.

Een niet onbelangrijke wijziging heeft plaatsgevonden in 1993, waardoor de concernvrijstelling ook kan worden toegepast door o.a. verzekeringsmaatschappijen¹⁶. In de Memorie van Toelichting bij dat wetsvoorstel¹⁷ merkt de Minister op:

De toepasselijkheid van art. 403 betekent dat voortaan ook een verzekeringsmaatschappij die deel uitmaakt van een groep en waarvoor – naast andere voorwaarden – de moedermaatschappij een verklaring heeft afgegeven dat zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende en voortgevoelde schulden [onderstreping van JF-MF] van de verzekeraar, geen jaarrekening behoeft in te richten overeenkomstig de voorschriften van Titel 9.”

De Minister lijkt dan van mening te zijn dat de 403-verklaring zowel ziet op schulden A, B en C (uit rechtshandelingen voortgevoelde schulden) als op schulden D, E, F, G, H en I (uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden).

5. 1986-...: Artikel 2:404 BW

In 1986 heeft een wetswijziging plaatsgevonden, waarbij de tekst van artikel 2:404 BW is vastgesteld, zoals die ook vandaag nog luidt:

1. Behoudens de artikelen [...] kan de een in artikel 403 bedoelde aansprakelijkstelling worden ingetrokken door nederlegging van een daartoe strekkende verklaring ten kantore van het handelsregister.
2. Niettemin blijft de aansprakelijkheid bestaan voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen welke zijn verricht voordat jegens de schuldeiser een beroep op de intrekking kan worden gedaan.

In de Nota naar Aanleiding van het Eindverslag merkt de Minister over de intrekking van de aansprakelijkstelling op¹⁸:

Intrekking betekent dat geen nieuwe aansprakelijkheid ontstaat zodra jegens schuldeisers een beroep op intrekking kan worden gedaan. [...] Voor schulden die voortvloeien uit voordien aangegane rechtshandelingen blijft de aansprakelijkheid doorlopen. Dit houdt ook in aansprakelijkheid voor nieuwe termijnen van duurcontracten zoals huur, sommige leveranties, arbeidsovereenkomst.

De Minister van Justitie lijkt dan ook van mening te zijn dat slechts schuld J niet onder de overblijvende aansprakelijkheid zal moeten vallen.

6. Conclusie

¹⁵ Het artikel is later nog gewijzigd op grond van artikel 43 Zevende EEG-Richtlijn. Vanaf 1988 bestaat het artikel zoals dat tegenwoordig is geformuleerd. Bovendien merken wij op dat slechts enkele lidstaten dit regime op grond van de Europese richtlijnen hebben ingevoerd. Dit zijn Ierland (alleen voor private companies), Luxemburg en sinds 1998: Duitsland. Interessant is dat in Duitsland de verplichting van de moeder bestaat uit het aanzuiveren van het verlies.

¹⁶ H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor onafhankelijke groepsmaatschappijen*, Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, nr. 25, 1995, p. 369.

¹⁷ *Kamerstukken II* (1992/1993), 22 896, nr. 3, p. 25.

¹⁸ *Kamerstukken II* (1983-1984), 16 551, nr. 11, p.15.

De parlementaire geschiedenis van artikel 38a WJO lijkt erop te duiden dat de aansprakelijkheid slechts zou moeten zien op *toekomstige schulden uit toekomstige rechtsverhoudingen*, daarbij in aanmerking nemend dat de Commissie Vennootschapsrecht van mening was dat geen aansprakelijkheid zou moeten gelden voor schulden voortvloeiend uit reeds bestaande rechtsverhoudingen. Verder heeft de intrekking van de aansprakelijkheid geen gevolgen voor schulden voortvloeiende uit rechtsverhoudingen van vóór die intrekking, hetgeen betekent dat voor de schulden D, F en I de moedervenootschap in ieder geval aansprakelijk bleef.

Die ogenschijnlijke, oorspronkelijke bedoeling van de wetgever is echter nooit in de wet terecht gekomen. De wetteksten lijken in de loop der tijd als uitgangspunt te hebben genomen dat het zou gaan om *reeds bestaande en toekomstige schulden*. De Minister van Justitie lijkt ook teruggekomen te zijn van die oorspronkelijke bedoelingen, zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij wijziging van artikel 2:403 BW in 1993, waarin hij opmerkt dat de aansprakelijkheid ziet op uit rechtshandelingen voortvloeiende en voortgevloede schulden. Ten aanzien van de opheffing van de aansprakelijkheid is in de loop der tijd niets veranderd.

Dit al lijkt dus te betekenen dat (nader beschouwd) volgens de wetgever de schulden A t/m G en I in ieder geval onder de aansprakelijkheid zouden vallen.

III Jurisprudentie

1. Rechtbank Rotterdam (Philips/Van Eijk)¹⁹

Op 3 juli 1985 is Philips een overeenkomst aangegaan met Van Eijk Telecommunicatie. Van Eijk Groep heeft op 15 augustus 1985 een 403-verklaring afgelegd ten behoeve van Van Eijk Telecommunicatie, die op 28 januari 1986 is gedeponereerd en op 27 juni 1986 weer wordt ingetrokken. Philips krijgt een vordering op Van Eijk Telecommunicatie tot schadevergoeding wegens wanprestatie. Van Eijk Groep wordt door Philips aangesproken op grond van de 403-verklaring.

De rechtbank is volledig gefixeerd op het ontstaan van de *rechtshandeling*. Uit de uitspraak blijkt niet wanneer de *schuld* (de schadevergoedingsvordering) is ontstaan of opeisbaar werd.²⁰ Kennelijk acht de rechtbank dit ook niet relevant. Het is dus in casu onduidelijk of gaat om een in het schema sub A, B of wellicht ook sub E of zelfs C bedoeld geval.

De rechtbank gaat eerst in op de wetsgeschiedenis en meent dat de redactie van artikel 57 Vierde EEG-Richtlijn niet van doorslaggevende betekenis is, maar gekeken dient te worden naar de geschiedenis van de Nederlandse wettelijke bepalingen (artikel 38a WJO en artikel 2:343 BW), juist omdat bij de totstandkoming van artikel 57 Vierde EEG-Richtlijn de Nederlandse bepalingen een belangrijke rol hebben gespeeld. De rechtbank oordeelt dat uit de wetsgeschiedenis van artikel 38a WJO blijkt dat het de *bedoeling* van de wetgever was "dat de moedervenootschap aansprakelijkheid op zich zou nemen met betrekking tot *te verrichten rechtshandelingen*". Dus voor rechtshandelingen, ontstaan *na* ingang van de aansprakelijkheid. Tevens brengt de ratio ('aansprakelijkheid voor inzicht') volgens de rechtbank met zich mee dat de aansprakelijkheid zich

¹⁹ Rb. Rotterdam 14 januari 1987, *NJ* 1988, 1050.

²⁰ Een vordering uit wanprestatie ontstaat op het moment dat er schade wordt geleden als gevolg van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenissen en is opeisbaar op het moment dat de wederpartij in verzuim is. Artikel 6:74 BW jo artikel 6:81 BW.

niet hoeft uit te strekken tot crediteuren die overeenkomsten zijn aangegaan met de dochtervennootschap toen deze zelf nog publikatieplichtig was; zij verkeerden immers in dezelfde positie als wanneer het een zelfstandige vennootschap was geweest die geen deel uitmaakte van een concern.

De aansprakelijkheid wordt, omdat de rechtshandeling i.c. dateert van vóór de aansprakelijkheidsperiode, dan ook afgewezen.

2. Rechtbank Amsterdam (Tevema)²¹

In deze casus heeft Tevema Beheer ten behoeve van Tevema een 403-verklaring gedeponereerd op 22 februari 1995, die op 17 oktober 1997 wordt geacht te zijn ingetrokken. Drie werknemers van Tevema hebben lang voordat de 403-verklaring is gedeponereerd een arbeidsovereenkomst met Tevema gesloten. Tijdens de periode van aansprakelijkheid, op 15 oktober 1997, worden de arbeidsovereenkomsten van twee werknemers ontbonden en wordt hen een vergoeding toegekend. Deze vergoeding is pas opeisbaar per 1 november 1997, dus ná intrekking aansprakelijkheid. De derde werknemer is op 16 november 1996 op staande voet ontslagen, waarna de kantonrechter bij vonnis van 12 december 1997, dus ook na intrekking, Tevema schadeplichtig heeft geacht. De werknemers spreken vervolgens Tevema Beheer aan tot betaling op grond van de 403-verklaring. We hebben hier te maken met een situatie G, waarbij de rechtshandeling dateert van *voor*, de schuld ontstaat *tijdens* en de opeisbaarheid opkomt *na* de periode van aansprakelijkheid. Tevema Beheer verweert zich, kennelijk in het voetspoor van de Rotterdamse uitspraak, met de stelling dat de rechtshandeling, d.w.z. het sluiten van de arbeidsovereenkomst, verricht is *voor* de aanvang van de aansprakelijkheid en zij derhalve niet aansprakelijk is.

De rechtbank van Amsterdam is van mening dat de aansprakelijkheid ook geldt voor schulden uit rechtshandelingen die aangegaan zijn *voordat* de toepassing van het groepsregime heeft plaatsgevonden. De rechtbank verwijst naar artikel 57 Vierde EEG-Richtlijn. Artikel 2:403 BW moet volgens de rechtbank zoveel mogelijk richtlijn-conform worden uitgelegd. Volgens deze rechtbank ziet de term 'aangegane' in artikel 57 Vierde EEG-Richtlijn ook op schulden, die uit reeds verrichte rechtshandelingen voortvloeien. Men hanteert derhalve een zuiver tekstuele, grammaticale uitleg, terwijl de Rotterdamse rechtbank meer naar de strekking van de bepaling keek. De rechtbank is voorts van oordeel dat het niet redelijk zou zijn indien

in het kader van bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst, een werknemer die met het oog op de betaling van zijn/haar salaris belang heeft bij inzicht in de jaarcijfers van de onderneming waarbij hij/zij werkzaam is, voor gebrek aan inzicht niet gecompenseerd zou worden.

De rechtbank stelt vervolgens in rechtsoverweging 3.5 wel dat alleen schulden die *tijdens* de aansprakelijkheidsperiode zijn ontstaan vallen onder de aansprakelijkheidsverklaring. Impliciet wordt hiermee aangegeven dat, indien de schulden na intrekking zouden zijn ontstaan (en dat is wat anders dan opeisbaar geworden), deze niet onder de aansprakelijkheid vallen.

3. Hof Amsterdam (Hemony)²²

In deze zaak ging het om een arbeidsovereenkomst tussen Van der Woude en Velder, die op 12 januari 1993 wordt ontbonden met toekenning van een vergoeding van Hfl 60.000. De vergoeding wordt opeisbaar op 1 februari 1993. Op 13 mei 1996 deponeert Hemony ten behoeve van Velder een 403-verklaring waarin zij zich aansprakelijk stelt m.i.v. 1 januari

²¹ Rb. Amsterdam 20 december 2000, *JOR* 2001/53, m. nt. S.M. Bartman.

²² Hof Amsterdam, 26 juli 2001, *JOR* 2004/94, m. nt. S.M. Bartman; en *NJ* 2004, 87.

1992. Ook hier was sprake van een arbeidsovereenkomst gesloten, vóór ingang van de aansprakelijkheid.²³ Ergens na 13 mei 1996 vordert Van der Woude de vergoeding van Hemony op grond van de 403-verklaring. Er is sprake van een schuld sub E.

Het Hof wees de vordering toe en overwoog daarbij dat de onderhavige ontbindingsvergoeding als een schuld die voortvloeit uit een rechtshandeling is te beschouwen, en *dat deze schuld is ontstaan binnen de periode* waarvoor de aansprakelijkheidsverklaring is afgegeven. Bepalend, ook hier, was dus het moment van ontstaan van de schuld, en niet het tijdstip van de rechtshandeling.

4. Rechtbank Arnhem (Resilo/Spectro)²⁴

In deze kwestie ging het om een huurovereenkomst die gesloten was vóór aanvang van de aansprakelijkheid, doch die *tijdens* de periode van aansprakelijkheid door de kantonrechter werd ontbonden, met veroordeling van de huurder tot schadevergoeding. Ten behoeve van de huurder was er een aansprakelijkheidsverklaring gedeponereerd. De verhuurder sprak vervolgens de moedervernootschap aan. Het ging dus hier om een casus E.

De rechtbank overwoog²⁵ in het algemeen dat de 403-verklaring zowel geldt voor op het moment van de verklaring nog toekomstige schulden, waarbij het niet uitmaakt of zij al dan niet rechtstreeks voortvloeien uit reeds bestaande rechtsverhoudingen, *als voor op dat moment reeds bestaande schulden*. De rechtbank hanteerde derhalve een zeer ruim criterium. Niet alleen de schulden, ontstaan *tijdens* de aansprakelijkheidsperiode achtte zij relevant, ook voor de ten tijde van de aanvang van die periode reeds bestaande schulden wordt de aansprakelijkheid geacht te gelden.²⁶

5. Rechtbank Roermond (Wiermans/Inalfa)²⁷

Wiermans heeft in 1996 een perscontainer in bruikleen gegeven aan Inalfa MP. Moeder Inalfa heeft voor Inalfa met ingang van 1 januari 1998 een 403-verklaring afgegeven, die per 2 september 2005 is ingetrokken. De perscontainer bleek op enig moment niet meer aanwezig te zijn, waarbij de rechtbank ervan uitgaat dat die verdwenen is tussen mei 2005 en 2 september 2005, de dag waarop de 403-verklaring werd ingetrokken. Wiermans stelt Inalfa als moeder aansprakelijk. Wij hebben hier te maken met een situatie als sub E bedoeld.

De rechtbank honoreert deze aansprakelijkheid, daarbij overwegende dat een redelijke wetstoepassing met zich brengt dat die ook geldt voor duurovereenkomsten, die weliswaar zijn aangegaan vóór het ingangstijdstip van de aansprakelijkheid, maar waar de daaruit voortvloeiende verplichtingen over en weer intreden *tijdens* die periode. Ook hier is weer bepalend het ontstaansmoment van de *schuld*, en niet het moment van de *rechtshandeling*.

6. Rechtbank 's-Gravenhage (Uni-Invest/Content)²⁸

²³ Wanneer deze arbeidsovereenkomst precies gesloten is, blijkt niet uit de casus, maar Bartman merkt terecht op dat gezien de hoogte van de ontbindingsvergoeding de arbeidsovereenkomst gesloten moet zijn voor 1 januari 1992.

²⁴ Rb. Arnhem 10 oktober 2002, JOR 2003/31, m. nt. S.M. Bartman.

²⁵ R.o. 3.7 en 3.8.

²⁶ Overigens wees de rechtbank de vordering van verhuurder af, omdat de aansprakelijkheidsverklaring zelf, door de daarin aangebrachte beperkingen, niet als een 403-verklaring kon worden beschouwd.

²⁷ Rb. Roermond 25 oktober 2006, JOR 2006/289, m. nt. S.M. Bartman.

²⁸ Rb. 's-Gravenhage 2 maart 2005, JOR 2005/116, m. nt. C.M. Harmsen.

Content heeft een 403-verklaring afgegeven²⁹, die gelding heeft vanaf 1 januari 1998, ten behoeve van een dochtervennootschap, die met (de rechtsvoorganger van) Uni-Invest een huurovereenkomst heeft gesloten met ingang van 1 mei 1998, derhalve ingaande *na* het moment waarvoor de aansprakelijkheid geldt. Intrekking van de 403-verklaring vindt plaats op 4 april 2003, enige dagen vóór het faillissement van de Content-dochter op 9 april 2003. Aangenomen wordt dat door het faillissement van de Content-dochter de verhuurder recht krijgt op het restant van de huurpenningen, al dan niet als schadevergoeding.³⁰ We hebben hier derhalve te maken met een situatie als bedoeld sub I: een overeenkomst die ontstaat in de periode van aansprakelijkstelling, maar een *schuld*, die ontstaat en opeisbaar wordt, *na* intrekking.

De rechtbank volgt hetgeen in lid 2 van art. 2:404 is bepaald, inhoudende dat na intrekking van de aansprakelijkheid die evenwel blijft bestaan voor schulden, die voortvloeien uit rechtshandelingen, die zijn verricht vóór de intrekking.

7. Rechtbank Haarlem (KPNQwest)³¹

Hoewel deze casus voornamelijk gaat om de vraag of de aan een vordering verbonden preferentie ook geldt jegens de aansprakelijke moeder, lijkt de uitspraak tevens van belang in het kader van de temporele reikwijdte. Het ging ook hier om een arbeidsovereenkomst, die gesloten was vóór inwerkingtreding van de aansprakelijkheid. Tijdens de periode van aansprakelijkheid wordt werknemer Van der Aa ontslagen, waarbij hij op grond van het sociaal plan een vordering krijgt, die nog niet betaald is als de werkgever kort nadien faillieert. Werknemer vordert deze vergoeding niet alleen in het faillissement van zijn werkgever, maar ook bij de (evenzeer failliete) moeder KPNQwest. We hebben hier te maken met een rechtshandeling van vóór de aansprakelijkheid, en een *schuld*, die *tijdens* die periode is ontstaan. Een situatie als sub E bedoeld. In overeenstemming met wat de rechtbank Amsterdam in de Tevema-zaak besliste, ging de Haarlemse rechtbank uit van de aansprakelijkheid van KPNQwest.

8. Rechtbank 's-Gravenhage (NCM/Den Heijer)³²

Geabstraheerd van allerlei andere verwickelingen³³ kwam de casus er gestileerd op neer dat een aansprakelijkheidsverklaring, die als een 403-verklaring werd geduid, was afgegeven met ingang van 1 januari 1989 en werd ingetrokken op 19 april 2000, terwijl de dochtermaatschappij, voor wie de verklaring was afgegeven, haar verplichtingen uit hoofde van gesloten overeenkomsten in 1998/1999 in de aansprakelijkheidsperiode niet nakwam. Er is derhalve sprake van een schuld als bedoeld sub D. Niet verbazingwekkend is dat in deze situatie de rechtbank ervan uitging dat deze schulden onder de temporele reikwijdte vielen.

9. Hof Amsterdam (Van den Wildenberg/Van Wijnen)³⁴

²⁹ Op 9 juli 1999, doch eerst gedeponneerd op 22 februari 2001.

³⁰ Dat daaraan allerlei faillissementsrechtelijke complicaties zitten - zie de noot van Harmsen - blijft hier buiten beschouwing.

³¹ Rb. Haarlem 16 november 2005, *JOR* 2006/27.

³² Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, *JOR* 2007/53 m. nt. A.J. Verdaas.

³³ Zo kan men zich afvragen of hier wel sprake was van een echte 403-verklaring, dan wel van een verklaring, waarbij op grond van toenmalige departementale richtlijnen een holding zich gedurende enige tijd hoofdelijk aansprakelijk moest stellen voor de schulden van de nieuw op te richten dochter, die dezelfde naam kreeg als de holding voordien had (dit wordt ook wel aangeduid met de naam: Joost van den Vondel-constructie). Daarnaast speelde de vraag of er bij de 403-verklaring sprake is van een nevenrecht, dat bij cessie mee overgaat.

³⁴ Hof Amsterdam (OK), 28 februari 2007, *JOR* 2007/145 m. nt. P.M. van der Zanden. Omdat het hier ging om een verzet tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, na intrekking, is krachtens art. 997 Rv. de OK bevoegd van het hoger beroep kennis te nemen.

Kort samengevat, voorzover hier van belang, komt de casus op het volgende neer. Van Wijnen was op basis van een 403-verklaring aansprakelijk voor haar dochters vanaf 1 januari 2000. Met Van den Wildenberg was door een dochtervennootschap in 1996 een aannemingsovereenkomst gesloten, die op basis van wanprestatie van de dochtervennootschap werd geacht met ingang van 17 februari 1997 ontbonden te zijn. In latere vonnissen, in 2004 en 2006, werd vastgesteld tot welke schadevergoedingsbedragen de dochtervennootschap gehouden was. Intrekking van de aansprakelijkheid vond plaats op 9 september 2004.

Er is dus sprake van een rechtsverhouding *vóór* aanvang van de aansprakelijkheid, waarbij de schuld (uit hoofde van de ontbinding en wanprestatie) ook ontstond *vóór* de periode van aansprakelijkheid, doch de uiteindelijke schade eerst tijdens en na die periode in rechte werd vastgesteld. Er is dus sprake van een situatie, die zowel onder A, B of C zou kunnen vallen. De OK oordeelt in ieder geval dat er geen aansprakelijkheid is van Van Wijnen, omdat de schuld wordt geacht te zijn ontstaan *vóór* aanvang van de aansprakelijkheidsperiode. Het Hof voegt daar nog aan toe, gezien het feit dat Van den Wildenberg een beroep had gedaan op de uitspraak van het Amsterdamse Hof in de Hemony-zaak, dat het Hof in die zaak tot aansprakelijkheid was gekomen, omdat toen de schuld was ontstaan *binnen* de periode waarvoor de aansprakelijkheidsverklaring was afgegeven.

10. Kantonrechter Venlo (Van de Mortel c.s./Inalfa)³⁵

In deze zaak ging het om dezelfde aansprakelijkheidsverklaring van Inalfa als in die van de Roermondse uitspraak: aansprakelijkheid m.i.v. 1 januari 1998, ingetrokken per 2 september 2005, gevolgd door een faillissement per 21 september 2005. Een drietal werknemers, allen in dienst *vóór* 1988, zijn in 2004 bij een reorganisatie ontslagen, met periodiek te betalen afvloeiingstermijnen conform een sociaal plan. Na faillissement, en dus ook na intrekking van de aansprakelijkheidsverklaring, dienden nog termijnen te worden betaald. Er is dus sprake van een situatie sub G. De rechter overwoog:

De omstandigheid dat de arbeidsovereenkomsten tussen de werknemers en de werkgever reeds bestonden *vóór* de 403-verklaring is hier niet relevant. De verplichting vloeit immers voort uit het sociaal plan dat onvoldoende connex is met de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemers om als daaruit voortvloeiend te worden aangemerkt. [...] Nu het sociaal plan na afgifte van de 403-verklaring en voor de intrekking daarvan is tot stand gekomen, strekt de door Inalfa gegeven 403-verklaring ten faveure van de werknemers.

11. Conclusie

Wat leert ons deze rechtspraak? In het overgrote deel van de uitspraken is het criterium of de *schuld* wel of niet *tijdens* de periode van aansprakelijkheid is ontstaan. Noch het moment van het ontstaan van de rechtsverhouding noch dat van de opeisbaarheid lijkt van belang. Volgens bedoelde rechtspraak moet worden aangenomen dat de schulden D, E, F en G in ieder geval onder tot aansprakelijkheid van de moeder leiden.

Afwijkend blijken slechts de Rotterdamse uitspraak van 1985, waarbij niet het ontstaan van de schuld bepalend werd geacht, maar het aangaan van de *rechtshandeling* (schulden A, B, C, E, G en H vallen dan niet onder de aansprakelijkheid), alsmede de Resilo-uitspraak, waarbij de Arnhemse rechtbank ook de *vóór* het begin van de aansprakelijkheidsperiode gemaakte en op dat moment (nog) bestaande schulden onder het aansprakelijkheidsregime liet vallen (schulden A, B en C).

³⁵Rb Roermond, sector kanton Venlo, 20 februari 2008, *JAR* 2008/86, *JOR* 2008/92, m. nt Bartman.

IV Literatuur

In de literatuur gaat de discussie voornamelijk om de vraag of alleen toekomstige schulden of een combinatie van bestaande en toekomstige schulden onder de reikwijdte vallen.

1. Slechts toekomstige schulden

Diegenen die bepleiten dat slechts toekomstige schulden – schulden D en F en eventueel ook E en G, en uiteraard schuld I – onder de temporele reikwijdte vallen, baseren hun argumenten voornamelijk op de parlementaire geschiedenis van artikel 38a WJO en dan met name op het advies van de Commissie Vennootschapsrecht (zie paragraaf II)³⁶. Houwen bepleit dat enkel die crediteuren die een vorderingsrecht op de vrijgestelde dochtervennootschap hebben krachtens een verbintenis uit rechtshandeling die is verricht na het tijdstip van deponering verhaal hebben op de moedervennootschap. Hij lijkt hiermee te zeggen dat in ieder geval de schulden D en F onder de aansprakelijkheid zouden moeten vallen. Bestaande schulden (schulden A, B en C) en de schulden uit rechtshandelingen verricht vóór aansprakelijkstelling (schulden E en G) zouden er niet onder vallen. Schuld H lijkt volgens Houwen niet onder de aansprakelijkstelling te vallen, aangezien het niet gaat om een schuld uit een rechtshandeling verricht tijdens de aansprakelijkheidsverklaring. Bestaande schulden (A, B en C) vallen volgens de voorstanders van deze leer in ieder geval niet onder de omvang van de aansprakelijkheid bij aanvang, aangezien de crediteur – bij het aangaan van de rechtshandeling waaruit de schuld voortvloeit – toegang had tot informatie en dat deze crediteur derhalve niet hoeft te worden gecompenseerd³⁷.

2. Zowel toekomstige als bestaande schulden

De heersende leer is dat zowel bestaande (schulden A, B en C) als toekomstige schulden (schulden D, E, F, G en H) onder de reikwijdte van de aansprakelijkheid vallen³⁸. Veelal baseert men zich op de letterlijke tekst van de wet en dan met name de tekst van de EEG richtlijnen – waarin gesproken wordt van “aangegane verplichtingen” – en de meest recente rechtspraak³⁹. Tevens wordt in deze literatuur betoogd dat ook de ratio van de 403-verklaring (aansprakelijkheid voor inzicht) met zich brengt dat zowel bestaande als toekomstige schulden onder de aansprakelijkheid van de 403-verklaring dienen te vallen. Het zou namelijk in het belang van een bestaande crediteur zijn om op de hoogte te blijven van de financiële positie van zijn debiteur⁴⁰. Het doet er overigens volgens Maeijer niet toe of de schuld voor aanvang van de aansprakelijkheid opeisbaar is geworden (schuld A) aangezien

³⁶ L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 850 e.v.; J.J. Goudsmit, ‘Het ontstaan van hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 38a WJO’, *TVVS*, 1973 nr. 12, p. 332-333; A.G. Lubbers en Y. Scholten, *De Besloten Vennootschap, Preadvies voor de vereeniging van Handelsrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle 1971, p. 68; J.W. Berk “Enkele opmerkingen bij artikel 403 Boek 2 burgerlijk wetboek”, *O & F* 2007, nr 76, p. 12 e.v.

³⁷ L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 850 e.v.; H.J. Jansz, ‘Enige vragen rond de verklaring van aansprakelijkstelling’, *TVVS*, 1973/2, p. 36;

³⁸ O.a. J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, nr. 439; P. van Schilfgaarde/J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2006, p. 300; H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor onafhankelijke groepsmaatschappijen*, Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, nr. 25, 1995, p. 512. Van der Heijden-Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, 12^e druk, 1992, nr 324.2

³⁹ H. Beckman en T. van Wijngaarden in: Sdu Commentaar Ondernemingsrecht, commentaar bij artikel 2:403 BW, online geraadpleegd op 28 maart 2008 (<http://opmaatondernemingsrecht.sdu.nl>).

⁴⁰ Zie ook D. Winkel, ‘Duidelijkheid omtrent de temporele reikwijdte van de 403 verklaring? Een overzicht’, *TvOB*, aflevering 2004-4; G.J. Gülcher, ‘Reikwijdte van de aansprakelijkverklaring in het kader van de groepsvrijstellingsregeling’, *TVVS*, 1989 nr. 89/7, p. 165; J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, nr. 439.

bijvoorbeeld een uitstel van betaling verleend kan zijn tot een tijdstip na aansprakelijkstelling⁴¹. Gülcher is echter van mening dat schuld A niet onder de 403-aansprakelijkheid zou moeten vallen aangezien het voor risico van deze crediteuren zelf zou moeten komen dat zij hun vordering nog niet hebben geïnd. Tevens biedt volgens haar de informatiefunctie van de jaarrekening hiervoor geen houvast⁴². Bartman⁴³ maakt onderscheid tussen schulden E en G met termijnkarakter (zoals de arbeidsovereenkomst en de huurovereenkomst) en zonder termijnkarakter (een verkoper die al vier jaar op betaling uit leverantie wacht). Bartman lijkt van mening te zijn dat schulden die ontstaan na de aansprakelijkstelling, maar die voortvloeien uit een rechtsverhouding zonder termijnkarakter, die verricht is vóór de aansprakelijkstelling, niet onder de 403-verklaring zouden moeten vallen.

Na intrekking van de 403-verklaring blijft aansprakelijkheid bestaan voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen welke zijn verricht voordat jegens de schuldeiser een beroep op de intrekking kan worden gedaan⁴⁴. Volgens Beckman en van Wijngaarden betekent dit dat uit duurcontracten voortvloeiende schulden die na intrekking worden verschuldigd (in ieder geval schuld I) onder de aansprakelijkheid blijven vallen⁴⁵. Onduidelijk is of zij hiermee ook een schuld bedoelen voortvloeiend uit een rechtshandeling die is verricht vóór aanvang van de aansprakelijkheid en die ontstaat na intrekking van de aansprakelijkheid (schuld H).

V Slotbeschouwingen

In de literatuur, wetsgeschiedenis en rechtspraak is men het wel eens over de ratio van de 403-verklaring. In principe vindt een afruil plaats van inzicht voor aansprakelijkheid. Wanneer de crediteur geen inzicht krijgt in de financiële positie van zijn debiteur, dient hij hiervoor gecompenseerd te worden.

Op grond van de wetsgeschiedenis is er (desondanks?) wel veel discussie geweest over de vraag wat nu de omvang van de 403-aansprakelijkheid is. De tegenover elkaar staande partijen beriepen zich hetzij op de letterlijke tekst van de wet hetzij op de kennelijke bedoeling van de oorspronkelijke wetgever. De wetgever zelf lijkt zijn bedoeling in de loop der tijd echter te hebben bijgesteld: aansprakelijkheid zou moeten zien op zowel bestaande als op toekomstige schulden. De literatuur en rechtspraak lijken in overwegende mate dezelfde lijn gekozen te hebben.

Wij zouden evenwel bij de thans gevolgde weg wel enige kritische kanttekeningen willen plaatsen. Aangezien er ooit voor gekozen is om een afruil te laten plaatsvinden van inzicht voor aansprakelijkheid, zullen wij deze hieronder als leidraad gebruiken.

1. Wanneer speelt inzicht voor een (potentiële) crediteur een rol?

⁴¹ J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, nr. 439.

⁴² G.J. Gülcher, 'Reikwijdte van de aansprakelijkverklaring in het kader van de groepsvrijstellingsregeling', *TVVS*, 1989 nr. 89/7, p. 165.

⁴³ In zijn noot bij Rb. Roermond 25 oktober 2006, *JOR* 2006/289, m. nt. S.M. Bartman.

⁴⁴ Artikel 2:404 lid 2 BW.

⁴⁵ H. Beckman en T. van Wijngaarden in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, commentaar bij artikel 2:404 BW, online geraadpleegd op 28 maart 2008 (<http://opmaatondernemingsrecht.sdu.nl>). Zo ook Bartman in zijn noot bij Rb. Amsterdam 20 december 2000, *JOR* 2001/53, m.nt. S.M. Bartman.

Een potentiële crediteur kan inzage nemen in de laatste openbaar gemaakte jaarrekening van Dochter B.V.⁴⁶ en op grond van deze informatie beslissen of hij met Dochter B.V. in zee wil gaan en onder welke voorwaarden. Slechts het moment van contracteren, dus het moment van de rechtshandeling lijkt beslissend, voor het hebben van inzicht. De relevante vraag lijkt dus of de potentiële crediteur wordt geacht op dat moment inzicht te hebben. Zo neen, dan dient hij te worden gecompenseerd. Op andere momenten heeft de crediteur dit inzicht niet nodig, aangezien dit geen invloed op zijn beslissing meer zal (kunnen) hebben. Dit betekent in principe dat slechts bij het aangaan van een relatie met Dochter B.V., de potentiële crediteur behoefte heeft aan compensatie.

Veelal⁴⁷ wordt betoogd dat in bestaande rechtsverhoudingen crediteuren ook behoefte hebben aan publicatie van financiële gegevens, zodat zij op basis van dit voortdurend inzicht eventueel maatregelen kunnen nemen ter waarborging en verhaal van hun vorderingen. Dit lijkt ons echter slechts van toepassing wanneer een dergelijke crediteur een nieuwe rechtsverhouding zou willen aangaan. Als het gaat om een bestaande rechtsverhouding, zien wij niet in welk nut het heeft om blijvend inzicht in de financiële gegevens te hebben. Immers, het is in het algemeen niet mogelijk om de eventuele opeisbaarheid van een vordering naar voren te halen⁴⁸, voor *niet-opeisbare* vorderingen beslag te leggen⁴⁹ of het faillissement van Dochter B.V. aan te vragen, wanneer uit financiële gegevens zou blijken dat het slecht zou gaan met Dochter B.V.⁵⁰ Dit geldt ook voor schulden die voortvloeien uit bijvoorbeeld duurovereenkomsten. Kortom, de crediteur heeft nauwelijks tot geen middelen tot (waarborging van zijn) verhaal totdat zijn vordering opeisbaar is geworden en dus niets aan (extra) inzicht.⁵¹

Ergo: Op het moment van het aangaan van een relatie met Dochter B.V. is er behoefte aan inzicht. Daarna ontbreekt het in beginsel aan mogelijkheden op basis van (blijvend) inzicht in de financiële positie van Dochter B.V. veranderingen aan te brengen in de bestaande rechtsverhouding. Bepalend zou dus, vanuit deze uitgangspunten en ratio, moeten zijn het moment van aangaan van de rechtsverhouding. Zo overwoog ook – als enige – de Rechtbank Rotterdam (Philips/Van Eijk)⁵².

2. Welke schulden moeten dan krachtens die ratio onder de aansprakelijkheid vallen?

2.1. Schulden ontstaan vóór aansprakelijkstelling (A t/m C):

Voor deze schulden geldt in principe dat de crediteuren inzicht hebben gehad in de financiële gezondheid van de debiteur bij het ontstaan van de rechtsverhouding. De schuld is ook ontstaan vóór aanvang van de aansprakelijkheid. Het maakt dan niet uit of de schuld vóór (A), tijdens (B) of na (C) de aansprakelijkheidsperiode opeisbaar wordt. Ergo: geen aansprakelijkheid.

⁴⁶ Die overigens al behoorlijk gedateerd kan zijn: contracteren in december 2007 kan betekenen dat de laatst gedeponeerde jaarrekening van 2005 is.

⁴⁷ L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 760 e.v.; G.J. Gülcher, 'Reikwijdte van de aansprakelijkverklaring in het kader van de groepsvrijstellingsregeling', *TVVS*, 1989 nr. 89/7, Zie ook IV.2.

⁴⁸ Zie artikel 6:39 BW, met een uitzondering voor de situaties ex artikel 6:40 BW; zie ook artikel 6:81 BW.

⁴⁹ Zie Stein/Rueb, *Compendium 2002*, p.324; verder Mijnsen, *Materieel Beslagrecht*, 1992, p.26; Broekveldt, *Derdenbeslag*, 2003, p.69-70; zij het dat in incidentele bijzondere gevallen wel een uitzondering wordt aanvaard: HR 3 mei 1996, NJ 1996/473 en, op gronden van redelijkheid en billijkheid: Pres. Rb Utrecht 29 november 1994, KG 1995/77 en Pres. Rb Utrecht 25 november 1999, KG 2000/9.

⁵⁰ Wellicht zou men zich wel op de onzekerheidsexceptie van artikel 6:263 BW kunnen beroepen en daarmee de eigen verbintenis kunnen opschorten.

⁵¹ Per het moment van de opeisbaarheid staan hem natuurlijk alle wegen tot invordering gewoon open.

⁵² Zie III.1.

2.2. Schulden ontstaan na aansprakelijkstelling (D t/m G):

Deze schulden zijn ontstaan tijdens de aansprakelijkheidsperiode. Hierbij kan onderscheid gemaakt worden tussen schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen verricht na aansprakelijkstelling en verricht vóór aansprakelijkstelling. De schulden uit rechtshandelingen verricht na aansprakelijkstelling (D en F) vallen zonder twijfel onder de aansprakelijkheid. Deze schuldeisers contracteren met een vennootschap waarin zij geen financieel inzicht hebben. Zij dienen hiervoor gecompenseerd te worden. Voor de schulden uit rechtshandelingen verricht vóór aansprakelijkstelling (E en G) geldt hetzelfde als voor de schulden A t/m C. Daar past dan wel een kanttekening bij. In de hiervoor genoemde rechtspraak is een aantal gevallen ogenschijnlijk sprake van een schuld E of G.⁵³ In die situaties, waarin sprake is van een nieuwe rechtshandeling, zoals bijvoorbeeld het sluiten van een sociaal plan of een ontbindingsovereenkomst, ontstaat voor de crediteur een nieuw beslissingsmoment, waarbij hij “recht op inzicht” heeft. Voor de vorderingen uit die nieuwe rechtshandeling dient hij gecompenseerd te worden. Maar dan zijn die vorderingen eigenlijk nader te kwalificeren als schulden D of F.

2.3. Schulden ontstaan na beëindiging van de aansprakelijkheid (H t/m J):

Schuld I zal onder de aansprakelijkheid moeten vallen. Deze schuldeiser heeft met Dochter B.V. gecontracteerd op een moment dat hij geen inzicht had in financiële gegevens en daarvoor in ruil de mogelijkheid kreeg om zich te verhalen op de moeder. Dit laatste geldt niet voor schuld H. Immers, op het moment van contracteren had schuldeiser H wel inzicht in de financiële gegevens van de Dochter B.V. Er is dan ook geen reden om schuldeiser H een extra verhaalsmogelijkheid te geven. Met betrekking tot schuld J geldt dat gecontracteerd wordt op het moment dat er weer inzicht wordt geacht te zijn. Ook voor schuldeiser J geldt dat er geen reden is om hem een extra verhaalsmogelijkheid te geven, onverlet hetgeen daarover hierna gezegd wordt.

3. De fictie van inzicht bij intrekking?

Met betrekking tot wat wij hierboven hebben gesteld, geldt wel als uitgangspunt dat er ook daadwerkelijk inzicht is in de financiële gegevens van Dochter B.V. na intrekking van de aansprakelijkheidsverklaring. In werkelijkheid heeft schuldeiser J na intrekking geen inzicht. Immers, Dochter B.V. maakt haar jaarrekening eerst op 24 september 2008, over het jaar 2007, openbaar. Wanneer men volledig wil voldoen aan de ratio van de 403-verklaring zou de intrekking van de aansprakelijkheid pas effect moeten hebben, als er wederom een jaarrekening openbaar is gemaakt⁵⁴. Op dat moment is er weer sprake van inzicht in de financiële gesteldheid van Dochter B.V. en zal geen compensatie meer nodig zijn. Terecht heeft de Commissie Vennootschapsrecht in 1969-1970 een tekstvoorstel met die strekking gedaan, die – ten onrechte – nooit in de wet terecht gekomen is.

4. Conclusie

Op grond van de ratio van de 403-verklaring, zou de temporele reikwijdte vrij beperkt dienen te zijn. In onze visie zou de tekst van artikel 2:403 BW dan ook zo moeten worden uitgelegd dat aansprakelijkstelling slechts ziet op schulden uit nog aan te gane rechtsverhoudingen (schulden D en F), terwijl de aansprakelijkheid bij intrekking zou moeten doorlopen voor schulden uit rechtshandelingen, aangegaan voordat een nieuwe jaarrekening openbaar is

⁵³ In de zaken Tevema (III,2), Hemony (III,3), Resilo (III,4), Inalfa (III, 5 en 10) en KPNQwest (III,7).

⁵⁴ Zo ook J.W. Berk “Enkele opmerkingen bij artikel 403 Boek 2 burgerlijk wetboek”, O & F 2007, nr 76, p. 12 e.v.

gemaakt (schuld I).⁵⁵ Slechts dan heeft een crediteur behoefte aan inzicht en zou hij daarvoor moeten worden gecompenseerd.

Dit zou ook betekenen dat er eenheid komt in het systeem van aanvang en beëindiging van de aansprakelijkheid. Op dit moment wordt met betrekking tot de omvang van de aansprakelijkheid bij aanvang volgens de heersende leer uitgegaan van het ontstaansmoment van de schuld en wordt bij beëindiging van de aansprakelijkheid uitgegaan van het moment waarop de rechtshandeling wordt verricht. Er ontstaat dan een niet te rechtvaardigen discrepantie, die wordt geëlimineerd wanneer men uitgaat van de ratio van de 403-verklaring, en zowel bij aanvang als bij beëindiging het moment van het aangaan van de rechtsverhouding bepalend acht.

Hiermee zijn we in feite *back to the roots*. Immers, we zijn dan weer terug bij de situatie zoals de wetgever en de Commissie Vennootschapsrecht in 1969-1970 voor ogen hadden. In eerste instantie was het ook de bedoeling dat slechts toekomstige schulden uit toekomstige rechtsverhoudingen onder de aansprakelijkheid zouden vallen, en die te laten doorlopen tot de publicatie van de eerstvolgende jaarrekening. Nadien is er door onduidelijke, multi-interpretabele teksten, en ondoordachte opmerkingen van latere ministers onnodige verwarring ontstaan, met als resultaat een (heersende) leer, die te ver van zijn oorspronkelijke wortels is verwijderd.

Men zou ons kunnen tegenwerpen dat de leer van 1969-1970 inmiddels is ingehaald door de Europese richtlijnen. Dat is nog maar de vraag. Eerstens geldt dat die richtlijnen volledig geïnspireerd zijn door en geënt zijn op het Nederlandse recht. Bovendien is de (europeesrechtelijke) term “aangegane verplichtingen” niet zonder meer tekstueel eenduidig en teleologisch geïnterpreteerd niet duidelijk, zeker niet zolang de hoogste Europese rechters hierover geen uitspraak hebben gedaan.

Natuurlijk zijn er volstrekt honorabele argumenten (uit hoofde van crediteurenbescherming of om andere rechtspolitieke redenen) te bedenken, op grond waarvan men zou kunnen komen tot een systeem, waarbij de aansprakelijkheid van Moeder B.V. behoorlijk tot zeer omvangrijk kan zijn.⁵⁶ Maar dan moet men de daarbij behorende argumenten kiezen en benoemen. Het adagium “aansprakelijkheid in ruil voor inzicht” is daartoe niet toereikend.

⁵⁵ De vraag rijst dan natuurlijk over welk jaar dat zou moeten gebeuren. het meest voor de hand ligt aan te nemen dat die jaarrekening niet ouder mag zijn dan waartoe de termijn van artikel 2:394 lid 3 BW verplicht.

⁵⁶ Zelfs inclusief (alsdan) aansprakelijkheid voor schulden, die niet door rechtshandelingen ontstaan, zoals bijv. belastingschulden of schulden uit onrechtmatige daad.