

partij is bij de rechtshandeling.<sup>12</sup> En zo zijn er nog wel wat puntjes te noemen die wellicht tot op zekere hoogte zijn weg te poetsen maar desondanks niet goed harmoniëren met (onbevoegde) vertegenwoordiging.<sup>13</sup> Benadert men het preconstitutief handelen als een uiting van contractvrijheid, meer specifiek een verschijningsvorm van het derdenbeding, dan valt alles echter probleemloos op zijn plaats.<sup>14</sup>

Prof. mr. W.J.M. van Veen

## Procesrecht

### Ondernemingsrecht 2017/91

Hoge Raad (Civiele kamer) 31 maart 2017, nr. 16/00335 m.nt. mr. E.A. van Dooren<sup>1</sup>

RvdW 2017/421  
RI 2017/57  
ARO 2017/102  
JWB 2017/133  
NJB 2017/851  
RO 2017/52  
RN 2017/52  
ECLI:NL:HR:2017:546

#### Ontvankelijkheid cassatieberoep; verzet tegen de beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid.

SNS/curatoren en CRI

##### 1. Feiten

De bovengenoemde beschikking van de Hoge Raad heeft betrekking op twee voormalige groepsmaatschappijen van de SNS-groep: Propertize BV (hierna: Propertize; voorheen SNS Property Finance BV) en PRPZ Financiering Participaties BV (hierna: PRPZ; voorheen SNSPF Financiering Participaties BV). Zowel ten aanzien van Propertize als ten aanzien van

PRPZ was een verklaring in de zin van art. 2:403 lid 1 sub f BW gedeponereerd. In 2006 heeft SNS Bank een dergelijke '403-verklaring' gedeponereerd ten aanzien van Propertize. In 2008 heeft SNS Reaal een 403-verklaring gedeponereerd ten aanzien van PRPZ. Krachtens deze 403-verklaringen stelden SNS Bank en SNS Reaal zich hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden die voortvloeien uit de rechtshandelingen van Propertize, respectievelijk PRPZ. Mede door de deponering van de 403-verklaringen konden Propertize en PRPZ het groepsregime van art. 2:403 BW toepassen. Op grond van het groepsregime is een groepsmaatschappij (hierna: de 403-maatschappij) bevoegd voor haar jaarrekening af te wijken van de inrichtingsvoorschriften van Titel 9 Boek 2 BW en van rechtswege vrijgesteld van de voor het bestuursverslag en overige gegevens geldende inrichtingsvoorschriften van Titel 9 Boek 2 BW, van accountantscontrole en van de verplichting om de jaarstukken bij het handelsregister openbaar te maken. De twee belangrijkste voorwaarden voor de toepassing van het groepsregime zijn dat de financiële gegevens van de 403-maatschappij geconsolideerd zijn in de geconsolideerde jaarrekening van een andere rechtspersoon (hierna: de moedermaatschappij) en dat de moedermaatschappij een 403-verklaring deponereert waarin zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden die voortvloeien uit de rechtshandelingen van de 403-maatschappij.

Op 1 januari 2014 zijn Propertize en PRPZ afgesplitst van de SNS-groep. Eén dag vóór de afsplitsing, op 31 december 2013, trokken SNS Bank en SNS Reaal hun 403-verklaringen ten aanzien van Propertize en PRPZ in. Zij deponerden een zogenoemde intrekkingverklaring in de zin van art. 2:404 lid 1 BW. In lid 2 van dit artikel is voorgeschreven dat SNS Bank en SNS Reaal aansprakelijk blijven op grond van hun (ingetrokken) 403-verklaring voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van Propertize, respectievelijk PRPZ, die verricht zijn voordat SNS Bank, respectievelijk SNS Reaal, een beroep kon doen op de intrekking van de verklaring. Deze overblijvende aansprakelijkheid eindigt als wordt voldaan aan de vier vereisten van art. 2:404 lid 3 BW. Krachtens deze bepaling moet (onder andere) een mededeling gedeponereerd worden van het voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Op 31 december 2013 hebben SNS Bank en SNS Reaal een dergelijke mededeling gedeponereerd. Op grond van lid 5 van art. 2:404 BW kan een crediteur voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt verzet instellen tegen de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. De beschikking van de Hoge Raad heeft betrekking op het verzet van twee partijen. Allereerst het verzet van de curatoren van verschillende vastgoedondernemingen (hierna: de curatoren). Deze ondernemingen hadden kredietovereenkomsten afgesloten met Propertize voor de financiering van vastgoedprojecten. De curatoren zijn van mening dat Propertize ten aanzien van deze overeenkomsten toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgvuldigheidsverplichting en dat Propertize uit dien hoofde schadeplichtig is jegens de vastgoedondernemingen. Daarnaast ziet de beschikking op het verzet van de Duitse vennootschap Commerz Real Investmentgesellschaft MBH

<sup>12</sup> Vlg. HR 29 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9333, *JOL* 2002/194 (*Sabra Exotics*) waarin zonder meer werd aangenomen dat in geval de BV i.o. kwalificeert als vof, een vennoot handelend ten behoeve van de BV i.o. mede de andere niet-handelende vennoten verbindt ex art. 2:203 lid 3 BW. In de jurisprudentie wordt de handelende persoon ook steevast als 'partij' aangeduid. Zie o.m. HR 17 september 182, ECLI:NL:HR:1982:AG4443, *NJ* 1983/120 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bonaventura*), r.o. 3.2; HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0663, *NJ* 1993/116 (*Clara Candy*), r.o. 3.3; HR 11 april 1997, *NJ* 1997, 583, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Hemmen*), r.o. 3.4.

<sup>13</sup> Men denke aan de situatie dat op naam van een BV/NV i.o. een overeenkomst wordt gesloten waarin vóór oprichting door de handelende partijen wijziging wordt gebracht. Gaat men uit van onbevoegde vertegenwoordiging dan zou het de vennootschap na oprichting vrijstaan te kiezen uit bekrachtiging van de oorspronkelijke dan wel de gewijzigde overeenkomst. Dit resultaat wordt door niemand bepleit.

<sup>14</sup> De geïnteresseerde lezer verwijst ik naar: 'Over de aard van het preconstitutief vennootschappelijk handelen, *RMTh* 2004, p. 186 e.v. alwaar ook verdere verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie zijn opgenomen, en Dijk/Van der Ploeg, *Van Vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2013, par. 3.8.

<sup>1</sup> Etzel van Dooren is promovendus en docent bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht (Universiteit Utrecht).

(hierna: CRI). Propertize en PRPZ hebben verplichtingen van een derde tegenover CRI gegarandeerd.

## 2. Beslissing

De Hoge Raad moest in zijn beschikking over twee punten oordelen. Ten eerste of SNS Reaal en SNS Bank ontvankelijk waren in cassatie. Daarnaast of een crediteur met een (nog) niet vaststaande vordering verzet kan indienen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.

### 2.1 Ontvankelijkheid in cassatie

In eerste aanleg zijn drie afzonderlijke procedures gevoerd bij de Rechtbank Midden-Nederland. Tegen de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid door SNS Bank was verzet ingesteld door de curatoren en door CRI. Daarnaast had CRI ook verzet ingesteld tegen de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid door SNS Reaal. De Rechtbank Midden-Nederland heeft op 14 januari 2015 in alle drie de zaken gezamenlijk een eindbeschikking gegeven.<sup>2</sup> Tegen deze beschikking van de rechtbank is door verschillende partijen hoger beroep ingesteld bij de Ondernemingskamer. Alle hoger beroepen zijn gezamenlijk behandeld en op 9 december 2015 heeft de Ondernemingskamer bij één beschikking in alle zaken uitspraak gedaan.<sup>3</sup> Vervolgens hebben SNS Bank en SNS Reaal samen bij één verzoekschrift cassatie ingesteld tegen de beschikking van de Ondernemingskamer.

CRI betoogde dat aangezien het in cassatie om verschillende procedures tussen verschillende procespartijen ging, de goede procesorde zich ertegen verzette dat SNS Bank en SNS Reaal bij één verzoekschrift cassatie hadden ingesteld. De Hoge Raad ging hier niet in mee en oordeelde dat aangezien de Ondernemingskamer de procedures gezamenlijk had behandeld en in één beschikking uitspraak had gedaan, het cassatieberoep in één verzoekgeschrift kon worden gesteld. A-G Timmerman merkt in zijn conclusie bij de beschikking van de Hoge Raad op dat bij meer procedures tussen verschillende partijen het cassatieberoep in één geschrift kan worden gesteld indien de uitspraken waartegen cassatie wordt ingesteld op dezelfde dag en door dezelfde rechter zijn geweest. Daarnaast moet het aanstonds duidelijk zijn dat genoegzaam samenhang bestaat tussen de verschillende zaken om gezamenlijke behandeling te rechtvaardigen.<sup>4</sup>

### 2.2 Verzet door een crediteur zonder vaststaande vordering

Ingevolge art. 2:404 lid 5 BW kan een crediteur 'voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt' verzet instellen tegen een voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. In cassatie kwam de vraag aan bod of deze bepaling ruimte laat voor verzet door een crediteur die (nog) geen vaststaande vordering op de 403-maatschappij heeft. De vor-

dering van de curatoren op Propertize was immers gebaseerd op een vermeende schending van een zorgvuldigheidsverplichting door Propertize. Deze vordering werd door Propertize betwist en stond (nog) niet in rechte vast. Ook CRI had (nog) geen vaststaande vordering op PRPZ of Propertize. PRPZ en Propertize hadden verplichtingen van een derde tegenover CRI gegarandeerd, maar CRI had nog geen beroep gedaan op deze garanties. In eerste aanleg en in hoger beroep hebben de Rechtbank Midden-Nederland<sup>5</sup> en de Ondernemingskamer<sup>6</sup> het recht van verzet van de curatoren en CRI erkend.

In cassatie betoogden SNS Bank en SNS Reaal dat voor het instellen van verzet door een crediteur tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ten minste vereist is dat de vordering van de desbetreffende crediteur op de 403-maatschappij summierlijk aannemelijk is. De Hoge Raad verwijst naar de parlementaire geschiedenis van art. 2:404 BW en merkt op dat de regeling voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid beoogt het evenwicht te bewaren tussen enerzijds een moedermaatschappij die deze aansprakelijkheid wil beëindigen en anderzijds een crediteur die is afgegaan op de medeaansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van de 403-verklaring.<sup>7</sup> Een partij die een overeenkomst aangaat met een 403-maatschappij doet dit immers in de regel mede in vertrouwen op de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij. De Hoge Raad overweegt dat een moedermaatschappij haar overblijvende aansprakelijkheid op grond van een (ingetrokken) 403-verklaring niet mag beëindigen ten koste van de zekerheid van een crediteur voor de voldoening van zijn vordering waarvoor nog (mogelijk) aansprakelijkheid loopt. Een crediteur mag door de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid niet in een ongunstiger positie komen te verkeren dan die waarin hij verkeerde uit hoofde van de 403-verklaring. Aangezien in de verzetprocedure niet geoordeeld wordt over de toewijsbaarheid en de omvang van de vordering van de crediteur, moet het verzet volgens de Hoge Raad gegrond worden verklaard, tenzij en voor zover de vordering onmiskenbaar ongegrond is. De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep en bevestigt de beschikking van de Ondernemingskamer waarin het verzet van de curatoren en CRI was erkend.

## 3. Commentaar

3.1 Ik richt mij in mijn commentaar bij onderhavige beschikking in het bijzonder op het oordeel van de Hoge Raad ten aanzien van het recht van verzet van een crediteur wiens vordering op de 403-maatschappij (nog) niet vaststaat. Dit onderwerp is tot op heden zeer beperkt aan bod gekomen in de jurisprudentie. Naast de procedures tussen SNS Bank, SNS Reaal, de curatoren en CRI is mij slechts één andere uitspraak bekend waar dit onderwerp naar voren kwam. Dit betreft de uitspraak van de Rechtbank Rotter-

2 Rechtbank Midden-Nederland 14 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:51.

3 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141.

4 Hoge Raad 31 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2016:1326.

5 Rechtbank Midden-Nederland 7 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1642.

6 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141.

7 Kamerstukken II 1983/84, 16551, 11, p. 15.

dam in 2015 inzake *Iemants/Hertel Beheer*.<sup>8</sup> De casus van de uitspraak *Iemants/Hertel Beheer* was als volgt. Moedermaatschappij Hertel Beheer was voornemens haar overblijvende aansprakelijkheid, op grond van haar ingetrokken 403-verklaring ten aanzien van 403-maatschappij CKT, te beëindigen. Tegen dit voornemen was verzet ingesteld door Iemants die stelde een vordering te hebben op CKT. Deze vordering van Iemants werd betwist door CKT. Hertel Beheer betoogde dat Iemants geen recht van verzet toekwam omdat art. 2:404 BW dit recht alleen zou toekennen aan degenen die een vordering hebben op de 403-maatschappij en niet aan partijen met een claim op de 403-maatschappij waarvan het nog maar de vraag is of deze claim hard gemaakt kan worden. De rechtbank oordeelde dat de enkele betwisting van het bestaan van de vordering op de 403-maatschappij in ieder geval niet per definitie meebrengt dat de crediteur geen verzet kan indienen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Volgens de rechtbank kan een crediteur verzet instellen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid als het bestaan van de vordering voldoende aannemelijk is. Een meer inhoudelijke toets past volgens de rechtbank niet bij art. 2:404 BW.

3.2 Het oordeel van de Rechtbank Rotterdam in de uitspraak *Iemants/Hertel Beheer* komt grotendeels overeen met de uitkomsten bij de Rechtbank Midden-Nederland en de Ondernemingskamer inzake de procedures tussen SNS Bank, SNS Reaal, de curatoren en CRI. Ook de Rechtbank Midden-Nederland en de Ondernemingskamer oordeelden dat een crediteur die (nog) geen vaststaande vordering op de 403-maatschappij heeft in beginsel verzet kan indienen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid door de moedermaatschappij. Deze lijn in de lagere jurisprudentie wordt door de Hoge Raad met zijn oordeel in onderhavige beschikking bevestigd. Volgens de Hoge Raad dient het verzet van een dergelijke crediteur erkend te worden, tenzij en voor zover de vordering onmiskenbaar ongegrond is.

3.3 In de literatuur is bovengenoemde lijn in de lagere jurisprudentie kritisch ontvangen. Bartman merkt op dat het groepsregime een facilititeit is voor groepsstructuren. Een moedermaatschappij zou zich daarom betrekkelijk eenvoudig moeten kunnen kwijten van de aansprakelijkheid uit een in het verleden vrijwillig gedeponeerde 403-verklaring.<sup>9</sup> Ook Van der Kraan heeft kritiek op de ingezette lijn in de jurisprudentie. Hij meent dat als het recht om in verzet te komen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid te gemakkelijk wordt erkend, dit recht misbruikt kan worden om druk uit te oefenen op de moedermaatschappij.<sup>10</sup>

3.4 Anders dan Bartman en Van der Kraan kan ik mij vinden in de jurisprudentie ten aanzien van het recht van verzet van een crediteur wiens vordering op de 403-maat-

schappij (nog) niet vaststaat.<sup>11</sup> Naar mijn mening heeft de Hoge Raad terecht het oordeel van de Ondernemingskamer bevestigd. Door de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid verliest een crediteur namelijk blijvend zijn verhaalsmogelijkheid op de moedermaatschappij op grond van de 403-verklaring. Zelfs in het geval dat naderhand blijkt dat de crediteur een rechtsgeldige vordering op de 403-maatschappij heeft, kan hij zich niet meer op grond van de 403-verklaring verhalen op de moedermaatschappij. Daarnaast is het de moedermaatschappij die besluit om de procedure tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid te starten. De crediteuren van de 403-maatschappij hebben op dit punt geen bevoegdheden. Het is vanzelfsprekend niet de bedoeling dat iedereen die meent een vordering te hebben op de 403-maatschappij verzet kan instellen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Er moet op enige wijze worden nagegaan of sprake is van een vordering waarvoor nog aansprakelijkheid loopt in de zin van art. 2:404 lid 5 BW. Het oordeel van de Hoge Raad dat het verzet erkend moet worden, tenzij en voor zover de vordering onmiskenbaar ongegrond is lijkt mij een juiste maatstaf. Een dergelijke beperkte bewijsopdracht voor de crediteur van de 403-maatschappij past bij het eenzijdige karakter en de onherroepelijkheid van de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. De moedermaatschappij kan vanzelfsprekend zelf tegenargumenten aandragen.

3.5 Tot slot merk ik op dat A-G Timmerman in zijn conclusie bij de beschikking van de Hoge Raad een lichtere norm betoogt ten aanzien van het erkennen van verzet tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid door een crediteur wiens vordering op de 403-maatschappij (nog) niet vaststaat. Hij meent dat het recht van verzet in beginsel erkend moet worden en dat een rechter het tegen de desbetreffende vordering gevoerde verweer pas mag honoreren wanneer het hoogst waarschijnlijk is dat de vermeende vordering ondeugdelijk of te hoog is. Naar mijn mening laat deze norm te veel ruimte om verzet in te stellen tegen de beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid. Het wordt voor een moedermaatschappij dan onnodig moeilijk om deze aansprakelijkheid te beëindigen. Allereerst zal een moedermaatschappij zich tegen iedere partij moeten verweren die meent een vordering te hebben op de 403-maatschappij. Daarnaast moet de moedermaatschappij zich telkens op een zodanige manier verweren dat het hoogst waarschijnlijk is dat de vermeende vordering ondeugdelijk of te hoog is. Ik ben van mening dat van een crediteur die verzet wil instellen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ten minste verwacht mag worden dat hij zijn vordering op de 403-maatschappij zo onderbouwd dat deze niet onmiskenbaar ongegrond is.

*Mr. E.A. van Dooren*

<sup>8</sup> Rb. Rotterdam 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610.

<sup>9</sup> Bartman in zijn noten onder Rb. Rotterdam 29 september 2015, *JOR* 2015/295 en Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 december 2015, *JOR* 2016/7.

<sup>10</sup> J. van der Kraan, 'De toetsing van de hardheid van een vordering in een verzetprocedure op basis van artikel 2:404 lid 5 BW', *MvO* 2016-1, § 7.

<sup>11</sup> Evenzo K. Notenboom, 'Het verzetrecht van artikel 2:404 BW', *MvO* 2017-5/6, § 4.2.