

Arbitrale vonnissen en bindend adviezen

TvA 2016/2

Nederlands Arbitrage Instituut 26 mei 2015, nr. 4128
(mrs. S.M. Bartman, J.B. Huizink en J.W. Winter)

(art. 1050 lid 2 Rv; art. 2:403 BW)

Intrekking 403-verklaring, arbitraal hoger beroep.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[A]

“[A]”

appellant,

gevestigd te [Plaats],

advocaten: mrs. W.A.A.J. Fick-Nolet en S.M.M. van Dooren

tegen:

Mr. [X]

“curator”

gevestigd te Groningen,

in het faillissement van:

1. [B]

“[B]”

gevestigd te [Plaats],

2. [C]

“[C]”

gevestigd te [Plaats],

3. [D]

“[D]”

gevestigd te [Plaats],

4. [E]

“[E]”

gevestigd te [Plaats],

tezamen: “de Failliete vennootschappen”

geïntimeerden;

advocaat: mr. Z. Jurdik-Kliment

ARBITRAAL VONNIS IN HOGER BEROEP

2.1 De bevoegdheid van het Scheidsgerecht is gegrond op de overeenkomst tussen partijen van 20 augustus 2008 overgelegd als bijlage 4 van de Arbitrageaanvraag, en de daarin vervatte arbitrale clausele waarin het recht van hoger beroep nadrukkelijk is voorbehouden (hierna: “**Arbitrageclausele**”). Partijen hebben op het onderhavige hoger beroep het NAI-reglement, zoals dit luidde ten tijde van het aanhangig maken van de zaak, voor zoveel als mogelijk van toepassing verklaard, ofschoon dat reglement niet in een appelprocedure voorziet. Desgevraagd hebben partijen het Scheidsgerecht doen weten dat onder de Arbitrageclausele nadrukkelijk tevens moet worden begrepen de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep van een gedeeltelijk eindvonnis, conform het bepaalde in art. 1050 lid 2 Rv. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht om over het thans in hoger beroep voorliggende geschil te oordelen, staat hiermee vast.

[...]

7.19 Het onderdeel uit beide Grieven slaagt niet. Het Scheidsgerecht is, met het scheidsgerecht in eerste aanleg (r.o. 3.8 Eindvonnis), van oordeel dat noch de tekst van de wet, noch overigens de strekking van de onderhavige regeling van art. 2:403 e.v. BW, enige aanleiding geeft om een onderscheid te maken tussen enerzijds intragroepsvorderingen die niet order de dekking en reikwijdte van een 403-verklaring zouden vallen, en anderzijds vorderingen van buiten het – eventueel voormalige – groepsverband van de vennootschap voor wie een 403-verklaring is gedeponeerd en die wel daaronder zouden vallen.

7.20 Iets anders is de vraag of het onderscheid tussen groepsinterne en groepsexterne schuldeisers van belang kan zijn bij de vraag of de redelijkheid en billijkheid zich onder omstandigheden verzet tegen het invoeren van de 403-verklaring. Indien en voor zover Beheermaatschappij [A] zulks met dit onderdeel van Grief III heeft willen betogen, verwijst het Scheidsgerecht naar zijn behandeling van Grief XIII, waarin dit verweer immers centraal staat.

Grief III (vervolg)

7.20 Ook is het scheidsgerecht in eerste aanleg volgens Beheermaatschappij [A] ten onrechte voorbijgegaan aan haar betwisting van de door de Curator gehanteerde wijze van berekening van de vorderingen van de Curator. Het Scheidsgerecht wijst erin dit verband echter op dat de vorderingen van de Curator op Plumveeslachterij ter verificatievergadering van 29 mei 2008 in de boedel van Plumveeslachterij zijnerkend – zie het door de rechter-commissaris ondertekende proces-verbaal van die datum, overgelegd als productie 2 bij MvA – en wel in de (afgeronde) omvang zoals opgenomen in het ten opzichte van de eis in eerste aanleg gewijzigde petitum vervat in de MvA namens de Failliete Vennootschappen. Ingevolge art. 121 lid 4 Fw heeft dit proces-verbaal kracht van gewijsde en bijgevolg staan de vorderingen van de Curator en hun omvang sedertdien rechtens vast. Ook dit onderdeel van Grief III wordt derhalve verworpen.

7.22 Voor wat betreft het in deze Grief vervatte en voor het eerst in hoger beroep opgeworpen verweer van Beheermaatschappij [A], inhoudende dat – althans een gedeelte van – de vorderingen van de Curator in deze procedure zijn verjaard, overweegt het Scheidsgerecht als volgt.

7.23 Ter zitting van het Scheidsgerecht op 5 november 2014 ontstond tussen partijen enige verwarring over de vraag of het beroep op verjaring betrekking heeft op de vorderingen van de Failliete Vennootschappen op Beheermaatschappij [A] in verband met de door haar verstrekte 403-verklaring, of op hun “onderliggende” handelsvorderingen op Plumveeslachterij voor wie bedoelde verklaring destijds werd afgelegd en bij het handelsregister gedeponeerd. De tekst van Grief III op dit punt is voor meerdere uitleg vatbaar. Blijkens zijn verweer verval in par. 14 en 15 MvA heeft de Curator dit verjaringsberoep opgevat als zijnde gericht tegen de handelsvorderingen van de Failliete Vennootschappen op Plumveeslachterij.

7.24 Het onderhavige geschil ziet echter op de vraag of de Curator, nu Plumveeslachterij geen verhaal biedt, de

bedragen van die vorderingen ook kan verhalen op Beheermaatschappij [A] vanwege haar in 1985 gedeponeerde en nadien nimmer ingetrokken 403-verklaring voor Pluimveeslachterij en haar daaruit voortvloeiende hoofdelijke aansprakelijkheid. Een redelijke uitleg van het gestelde in Grief III leidt dan ook tot de conclusie van het Scheidsgerecht dat het verjaringsberoep van Beheermaatschappij [A] betrekking heeft op de op die 403-verklaring tegen haar gebaseerde aanspraken van de Curator.

7.25 Nochtans slaagt het beroep van Beheermaatschappij [A] op verjaring niet. Dit in verband met het rechtskarakter van de vordering die ontstaat uit een 403-verklaring, zoals het Scheidsgerecht die duidt nu daaromtrent in rechtspraak en literatuur niet in alle opzichten consensus bestaat.

7.26 De vordering van een schuldeiser van een dochtervennootschap uit een 403-verklaring op de holding die deze verklaring heeft gedeponeed moet naar het oordeel van het Scheidsgerecht weliswaar worden onderscheiden van de “onderliggende” handelsvordering op de dochtervennootschap zelf, anderzijds zijn beide vorderingen wel ten nauwste op elkaar betrokken. Zonder onderliggende handelsvordering op de dochter bestaat immers geen vordering op de moeder uit haar 403-verklaring.

7.27 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 28 juni 2002, NJ 2002/447, m.nt. Ma, JOR 2002/136, m.nt. Bartman (Akzo/ING) de 403-verklaring weliswaar aangemerkt als “een niet tot een bepaalde party gerichte eenzijdige rechtshandeling op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat (...)”, en welke “niet een afhankelijk recht in het leven roept (...) als bedoeld in de artikelen 3:7 en 3:82 BW.” Zie recentelijk in deze zin ook HR 3 april 2015; ECLINL:HR:2015:837. Deze uitleg van de 403-verklaring laat naar het oordeel van het Scheidsgerecht echter nog voldoende ruimte om recht te doen aan de geconstateerde samenhang tussen de 403-vordering op de moedermaatschappij en de onderliggende vordering op haar dochtervennootschap. Dit ter vermindering van ongewenste en onnodige complicaties waar de praktijk niet mee is gediend. Ook in de literatuur worden hiervoor diverse oplossingen aangedragen (vgl. Bartman/Dorresteyn, *Van het concern*, 2014, pag. 237-240, J. van der Kraan, *De groepsvrijstelling op basis van artikel 2:403 BW*, 2012, pag. 68 e.v., alsmede Annemiek en Eva Nass. De vordering uit hoofde van een 403-verklaring, *Ondernemingsrecht* 2014/145).

7.28 Naar het oordeel van het Scheidsgerecht dient ook bij het onderhavige beroep op verjaring recht gedaan te worden aan de samenhang tussen de 403-vordering op de moedermaatschappij en de onderliggende vordering op haar dochtervennootschap. Een redelijke uitleg en toepassing van de wettelijke regeling inzake de 403-verklaring vergt dat zodra de vordering op de dochtervennootschap door verjaring niet meer afdwingbaar is, dit ook moet gelden voor de bijbehorende 403 aanspraak op de moedermaatschappij. Een dergelijke benadering herkent men ook in de – zij het zeer schaarse – rechtspraak op dit punt (vgl. Hof Den Haag, 18 maart 2014, RO 2014/48). Andersom dient dan ook te gelden dat een (inningsbevoegde) schuldeiser

de moeder uit haar 403-verklaring kan aanspreken indien en zo lang hij nog een uit rechtshandeling voortvloeiende en afdwingbare vordering op de dochter heeft en er geen sprake is van beëindiging van de zogeheten 'overblijvende aansprakelijkheid', zoals bedoeld in art. 2:404 BW.

7.29 In het onderhavige geschil staan de vorderingen van de Failliete Vennootschappen op Pluimveeslachterij vast en is er geen sprake van beëindiging van de uit de 403-verklaring van [A] Beheer voortvloeiende overblijvende aansprakelijkheid, ingevolge het bepaalde in art. 2:404 BW. De vorderingen van de Failliete Vennootschappen op Pluimveeslachterij zijn, zo is ter zitting gebleken, ontstaan in de periode 2002 tot medio 2003. Op 13 mei 2003 is het faillissement van Pluimveeslachterij uitgesproken. De vorderingen van de Failliete Vennootschappen zijn ter verificatievergadering van 29 mei 2008 erkend in de boedel van Pluimveeslachterij en staan daarmee vast. Ingevolge artikel 36 lid 1 van de Faillissementswet loopt de verjaringstermijn van deze vorderingen door tot zes maanden na afloop van het faillissement. Van verjaring tijdens faillissement is geen sprake. Dit geldt naar het oordeel van het Scheidsgerecht dan evenzeer voor de verjaring van de vorderingen van de Failliete Vennootschappen op Beheermaatschappij [A] uit hoofde van de litigieuze 403-verklaring. Derhalve komt het Scheidsgerecht tot de slotsom dat het beroep op verjaring door Beheermaatschappij [A] in dezen moet worden afgevoerd.

Grievens V en VI

7.30 Deze Grievens hangen ten nauwste samen. Zij bevatten bovendien op menig onderdeel een herhaling van standpunt en zijn derhalve geschikt voor een gezamenlijke behandeling door het Scheidsgerecht. De Grievens zien overwegend op de door het Scheidsgerecht in eerste aanleg geformuleerde maatstaf zoals vervat in de bewijsopdracht in het Tussenvonnissen aan Beheermaatschappij [A].

7.31 In r.o. 5.6 van het Tussenvonnissen citeert het Scheidsgerecht in eerste aanleg het bewijsoanbod gedaan namens Beheermaatschappij [A] terzake haar bewering dat het

“steeds de bedoeling van partijen is geweest dat Beheermaatschappij [A] bij de overdracht van de aandelen in Handelsonderneming [A] B.V. aan [C] [A] B.V. (...) geen verdere aansprakelijkheid wenste te aanvaarden voor schulden van het “nieuwe” concern [en] aan haar verbonden en nog te verbinden vennootschappen en dat de vennootschappen van dit “nieuwe” concern deel uitmaakten en zijn gaan uitmaken niet op de hoogte waren van het voortbestaan van de 403-verklaringen van Beheermaatschappij [A] en daarvan bij bekendheid geen aanspraak op zouden hebben gemaakt.”

7.32 Onder r.o. 5.7 van het Tussenvonnissen overweegt het Scheidsgerecht in eerste aanleg vervolgens:

“Uit de tot dusver overgelegde stukken kan het bestaan van een zo geconcretiseerde bedoeling niet worden afgeleid. Het feit dat de 403-verklaring toen niet is ingetrok-

ken wijst op het tegendeel. Op het tegendeel wijzen ook andere omstandigheden, waaronder het feit dat in de door Beheermaatschappij [A] bij haar memorie van antwoord als productie 6, 7 en 8 overgelegde stukken geen aandacht wordt besteed aan de gedeponeerde 403-verklaring.”

7.33 Hiertegen keert zich Grief V. Beheermaatschappij [A] stelt dat het Scheidsgerecht in de eerste aanleg van een onjuiste – althans, zo begrijpt het Scheidsgerecht, een te beperkte – maatstaf is uitgegaan, aangezien een “geconcretiseerde bedoeling” niet vereist is om, namens de aangesproken moedermaatschappij, succesvol de redelijkheid en billijkheid in te roepen als verweer tegen een claim van een schuldeiser van haar (voormalige) dochtervennootschap op basis van een door de moeder ten onrechte niet ingetrokken 403-verklaring.

7.34 Grief VI keert zich tegen het probandum, zoals vervolgens door het Scheidsgerecht in eerste aanleg in r.o. 6 onder (1) van het Tussenvonnis geformuleerd, met verwijzing naar r.o. 5.6 en 5.7 voornoemd, waarin het Beheermaatschappij [A] toelaat te bewijzen dat er destijds sprake was van een “geconcretiseerde bedoeling” bij alle betrokken partijen en personen om te voorkomen dat verdere aansprakelijkheid voor Beheermaatschappij [A] zou ontstaan voor de verplichtingen van de Junioren-vennootschappen, zoals Pluimveeslachterij, na de (beoogde) ontvlechting in 1995.

7.35 De Grieven falen. Naar het oordeel van het Scheidsgerecht heeft het Scheidsgerecht in de eerste aanleg met de term “geconcretiseerde bedoeling” niet willen aangeven dat slechts concrete en traceerbare wilsuitingen van bovenbedoelde partijen en personen terzake het voorkomen van verdere aansprakelijkheid van Beheermaatschappij [A] na de ontvlechting van 1995 het verweer van deze laatste tegen de vorderingen van de Curator zouden kunnen schragen. Voor het invoeren van (de derogerende werking van) de redelijkheid en billijkheid, als bedoeld in art. 6:2 lid 2 BW (hierna: “**Billijkheidsexceptie**”), kan immers een beroep worden gedaan op alle omstandigheden van het geval, daaronder begrepen, maar niet beperkt tot, zowel expliciet als impliciet blijkende partijbedoelingen en daarop gebaseerde, wederzijds gerechtvaardigde verwachtingen, alsook algemeen erkende rechtsbeginselen, in Nederlands levende rechtsovertuigingen, alsmede de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn. Uit r.o. 3.12 t/m 3.18 van het Eindvonnis blijkt dat het scheidsgerecht in eerste aanleg zich van deze ruime Billijkheidstoets bewust is geweest, wat er verder ook zij van hetgeen aan het eind van r.o. 5.5 uit het Tussenvonnis wordt overwogen.

7.36 Onjuist is derhalve de uit de onderhavige Grieven blijkende lezing van r.o. 5.7 en 5.8 van het Tussenvonnis dat het Scheidsgerecht in eerste aanleg zou menen dat aan het beroep van Beheermaatschappij [A] op de Billijkheidsexceptie slecht betekenis zou kunnen toekomen indien komt vast te staan dat sprake was van een geconcretiseerde bedoeling, zoals geformuleerd in het probandum van het Tussenvonnis.

7.37 De Grieven V en VI missen derhalve feitelijke grondslag en worden bijgevolg verworpen.

Grief XIII, alsmede de Grieven I t/m III, V en VII t/m XII, voor zover daarin een beroep wordt gedaan op de Billijkheidsexceptie

7.38 Ofschoon alleen Grief III zich volledig en met zoveel woorden richt tegen hetgeen het Scheidsgerecht in eerste aanleg in r.o. 3.12 t/m 3.18 van het Eindvonnis overweegt en beslist ten aanzien van het verweer van Beheermaatschappij [A] voor zover gebaseerd op de Billijkheidsexceptie, klinkt ook in vele andere Grieven expliciet dan wel impliciet dit verweer door. Het Scheidsgerecht zal (de betreffende onderdelen van) deze Grieven daarom gezamenlijk behandelen.

7.39 Het appel noopt er bovendien toe dat het Scheidsgerecht, in het kader van haar te dezen herhaald beroep op de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:2 BW, het verweer van Beheermaatschappij [A] opnieuw en volledig toetst en zal beoordelen aan de hand van alle door haar in beide instanties aangevoerde gronden en omstandigheden in het geval. De processtukken in eerste aanleg zijn door Beheermaatschappij [A] in het geding gebracht en vormen onderdeel van de onderhavige procedure in hoger beroep. Het Scheidsgerecht zal uitgaan van de stellingen en feiten die blijken uit deze processtukken, voor zover deze in hoger beroep niet zijn betwist.

Beoordeling

Uitgangspunten en plan van aanpak

7.40 Het Scheidsgerecht hanteert in dit hoger beroep hetzelfde uitgangspunt bij de beoordeling van dit geschil als welke door het Scheidsgerecht in eerste aanleg werd gehanteerd, te weten het belang van het rechts- en handelsverkeer dat is gediend met zoveel mogelijk duidelijkheid omtrent het bestaan, de intrekking en de gevolgen van de beëindiging van een gepubliceerde verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid, zoals de 403-verklaring. Speciaal ten behoeve van deze beoogde rechtszekerheid heeft de wetgever de intrekking- en beëindigingsregeling van art. 2:404 BW ontworpen, welke regeling zich kenmerkt door een formeel karakter en die dan ook in beginsel als zodanig moet worden gevolgd (Eindvonnis r.o. 3.8).

7.41 Eveneens gelijk het Scheidsgerecht in eerste aanleg ziet het Scheidsgerecht slechts ruimte voor afwijking van de formele intrekking- en beëindigingsregels van art. 2:404 BW in uitzonderlijke gevallen, in zoverre dat een niet-ingetrokken 403-verklaring ten opzichte van een specifieke schuldeiser eveneens haar werking kan verliezen indien een beroep op die verklaring door die schuldeiser onder de omstandigheden van het geval naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (Eindvonnis r.o. 3.11).

7.42 Vooraleer het Scheidsgerecht echter toekomt aan de beoordeling van het beroep van Beheermaatschappij [A] op de redelijkheid en billijkheid, ter afwering van de vorderingen van de Curator, dient het eerst vast te stellen of het aannemelijk is dat Beheermaatschappij [A], zoals zij stelt,

in 1995 inderdaad abusievelijk haar in 1985 voor Pluimveeslachterij gedeponeerde 403-verklaringen niet heeft ingetrokken, derhalve de vraag of er in zoverre feitelijk sprake is van een – aan de kant van Beheermaatschappij [A] – “vergeten 403-verklaring”.

7.43 Indien het Scheidsgerecht tot de conclusie komt dat inderdaad feitelijk sprake is van een vergeten 403-verklaring, dan zal het vervolgens moeten beoordelen of deze geconstateerde vergeetachtigheid aan de kant van Beheermaatschappij [A] voor haar eigen risico komt, ingevolge het vigerende wettelijke systeem van intrekking en beëindiging van een 403-verklaring, dan wel dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij is vooral bepalend of de Failliete Vennoetschappen geacht kunnen worden *ten tijde van het ontstaan van hun vorderingen* (vgl. OK 30 september 2010, *JOR* 2010/306 (JLL/BosGijze), r.o. 3.13) op Pluimveeslachterij op de hoogte te zijn geweest van het abusievelijke handhaven van de 403-verklaring door Beheermaatschappij [A]. Indien die kennis er was, respectievelijk had behoren te zijn, zal er immers geen sprake zijn van een schending van de rechtszekerheid die de wetgever met de intrekking- en beëindigingsregels van art. 2:404 BW heeft beoogd te bewaken.

7.44 Terecht heeft de Curator er in eerste aanleg op gewezen dat een beroep op de Billijkheidsexceptie in dit verband een analyse vergt van alle omstandigheden van het geval en, dus, van de – veronderstelde – kennis *per eisende Failliete Vennoetschap* (Memorie van Replik Tevens Wijziging van Eis d.d. 7 juli 2010 (hierna **MvR 1^e Aanleg**), onder Nr. 22). Eveneens terecht voert de Curator aan dat de enkele bedoeling van Beheermaatschappij Stortenoom in dezen niet beslissend kan zijn. Het gaat er om “*hoe dit door derden kon worden opgevat*” (MvR 1^e Aanleg Nr. 46). Met andere woorden, beslissend is of er sprake is van een voor derden – in casu de Failliete Vennoetschappen – ten tijde van het ontstaan van hun vorderingen door Beheermaatschappij [A] *kennelijk abusievelijk* niet ingetrokken 403-verklaring.

TvA 2016/3

Nederlands Arbitrage Instituut 23 juli 2014, nr. 4166
(W.D.H. Asser, C.A. Schwarz and P.A.M. Witteveen)

(art. 6:74 BW)

Samenloop Ondernemingskamer-procedure, verzoek om uitstel.

[A] G.m.b.H.
having its registered seat in [city], (Germany),
counsel: J.L.M.W. Louwers en V.H. Jurgens
"Claimant",
tegen
[B] B.V.

having its registered seat in [city], (Germany),
counsel: L.A. Vitanova
"Respondent"

[...]

Request for adjournment

7.10 [B] has put forward that the arbitral proceedings should be adjourned in view of the report by Mr [Researcher Enterprise Chamber] which was expected to be delivered in April/May 2014. The Arbitral Tribunal does not agree with this position.

7.11 As follows from case law from both the civil courts and the Enterprise Chamber, the question whether a company has been mismanaged in view of the obligations provided in Book 2 of the DCC should be answered in the context of that specific legal framework. This framework is to be distinguished and is distinct from the framework applicable to the performance of contracts for the rendering of management activities, as is the Management Services Agreement. The report by Mr [Researcher Enterprise Chamber] – or its assessment by the Enterprise Chamber – therefore does not prejudice this Arbitral Tribunal in assessing [A]'s claim for payment for the services rendered under the Management Services Agreement.

7.12 In addition, the Arbitral Tribunal is not convinced that [B] in its Statement of Defence has not been able to substantiate its defence as to the alleged nonperformance under the Management Services Agreement by [A] as a result of the fact that Mr [Researcher Enterprise Chamber] has not yet rendered his report. It can be reasonably assumed that the information available to Mr [Researcher Enterprise Chamber] will largely coincide with the information currently available to (the board of) [B]. Also, at the Hearing in Summary Proceedings [B]'s member of the board Mr [X] has put forward that he has no knowledge of the events that have occurred in the period preceding his appointment. He has nevertheless, in no uncertain terms, issued a board resolution which concludes that [A] has failed to perform its obligations under the Management Services Agreement in the period preceding his appointment. In view thereof, [B] could reasonably have been expected to substantiate its defence. The consequences of [B]'s choice not to do so should therefore be brought to [B]'s account.

7.13 For the reasons set forth above in 7.10 – 7.12 the Arbitral Tribunal will not adjourn the proceedings on the merits as requested by [B].